

TE Vwgh Erkenntnis 1987/9/22 87/04/0110

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.09.1987

Index

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1973 §1 Abs1;

GewO 1973 §1 Abs5;

GewO 1973 §74 Abs2;

GewO 1973 §81;

1. GewO 1973 § 1 gültig von 01.07.1993 bis 18.03.1994wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 194/1994
2. GewO 1973 § 1 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1993zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 399/1988
3. GewO 1973 § 1 gültig von 01.08.1974 bis 31.12.1988

1. GewO 1973 § 1 gültig von 01.07.1993 bis 18.03.1994wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 194/1994
2. GewO 1973 § 1 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1993zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 399/1988
3. GewO 1973 § 1 gültig von 01.08.1974 bis 31.12.1988

1. GewO 1973 § 74 gültig von 01.07.1993 bis 18.03.1994wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 194/1994
2. GewO 1973 § 74 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1993zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 399/1988
3. GewO 1973 § 74 gültig von 01.08.1974 bis 31.12.1988

1. GewO 1973 § 81 gültig von 01.07.1993 bis 18.03.1994wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 194/1994
2. GewO 1973 § 81 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1993zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 399/1988
3. GewO 1973 § 81 gültig von 01.08.1974 bis 31.12.1988

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Weiss und Dr. Jakusch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Janistyn, über die Beschwerde der GS in O, vertreten durch Dr. Johann Kahrer, Rechtsanwalt in Ried/Innkreis, Bahnhofstraße 59, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 7. Mai 1987, Zl. Ge-33.312/1-1987/Kut/Kai, betreffend Übertretungen der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit die Beschwerdeführerin einer Verwaltungsübertretung nach§ 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 schuldig erkannt und dafür bestraft wurde (Spruchpunkt 2), einschließlich des damit verbundenen Kostenausspruches wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.Der angefochtene Bescheid wird, soweit die

Beschwerdeführerin einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 4, GewO 1973 schuldig erkannt und dafür bestraft wurde (Spruchpunkt 2), einschließlich des damit verbundenen Kostenausspruches wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 8.910,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried/Innkreis vom 26. März 1987 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt,

1. vom 6. März 1987 bis 23. März 1987 täglich, mit Ausnahme eines Sonntags, in den Abend- und Nachtstunden an einen größeren Kreis von Personen alkoholische und alkoholfreie Getränke zu einem Preis von je S 20,-- verabreicht und dadurch das konzessionierte Gastgewerbe gemäß § 189 Abs. 1 Z. 3 und 4 GewO 1973 in der Betriebsart Bar ausgeübt zu haben, ohne im Besitze einer entsprechenden Konzession zu sein und 2. in der Zeit vor dem 6. März 1987 die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried/Innkreis vom 26. Jänner 1966 genehmigte gewerbliche Betriebsanlage zur Erzeugung von Schuhen in einen Gastgewerbebetrieb umgeändert zu haben, wodurch sich für die Bewohner zweier in unmittelbarer Nähe gelegener Häuser zusätzliche Belästigungen durch Lärm von Gästen, die sich vor dem Lokal lautstark unterhalten, durch Türeenschlagen, durch das Starten von Kraftfahrzeugen, das An- und Abfahren von Kraftfahrzeugen sowie Gefährdungen für die Gesundheit von Kunden, die die Betriebsanlage aufsuchen, durch mangelhafte Be- und Entlüftung des Lokales, unzureichende Brandschutzmaßnahmen sowie mangelnde Hygiene ergeben könnten, ohne die erforderliche Genehmigung erlangt zu haben. Sie habe dadurch zu 1. eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 und zu 2. nach § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 begangen, weshalb über sie nach den zitierten Gesetzesstellen Geldstrafen von je S 10.000,-- (Ersatzarreststrafen je 15 Tage) verhängt wurden. In der Begründung dieses Bescheides wurde aufgrund der entsprechenden Angaben der Beschwerdeführerin ausgeführt, daß in das Lokal "X" Zutritt hätten; beim Eintritt könnten sie eine oder mehrere Eintrittskarten zu einem Preis von jeweils S 20,-- pro Stück erwerben. Diese Eintrittskarten könnten im Clubraum gegen Getränke eingelöst werden. Es seien alle gängigen alkoholischen und alkoholfreien Getränke erhältlich; Speisen würden nicht verabreicht. Gegen Barzahlung würden Getränke überhaupt nicht ausgefolgt. Die Eintrittskarten könnten nur beim Eingang an der Kassa erworben werden. Die Einnahmen aus den Eintrittsgeldern würden beim Finanzamt Ried/Innkreis auf den Namen der Beschwerdeführerin versteuert. Weiters würden an die Gemeinde 1. vom 6. März 1987 bis 23. März 1987 täglich, mit Ausnahme eines Sonntags, in den Abend- und Nachtstunden an einen größeren Kreis von Personen alkoholische und alkoholfreie Getränke zu einem Preis von je S 20,-- verabreicht und dadurch das konzessionierte Gastgewerbe gemäß Paragraph 189, Absatz eins, Ziffer 3 und 4 GewO 1973 in der Betriebsart Bar ausgeübt zu haben, ohne im Besitze einer entsprechenden Konzession zu sein und 2. in der Zeit vor dem 6. März 1987 die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried/Innkreis vom 26. Jänner 1966 genehmigte gewerbliche Betriebsanlage zur Erzeugung von Schuhen in einen Gastgewerbebetrieb umgeändert zu haben, wodurch sich für die Bewohner zweier in unmittelbarer Nähe gelegener Häuser zusätzliche Belästigungen durch Lärm von Gästen, die sich vor dem Lokal lautstark unterhalten, durch Türeenschlagen, durch das Starten von Kraftfahrzeugen, das An- und Abfahren von Kraftfahrzeugen sowie Gefährdungen für die Gesundheit von Kunden, die die Betriebsanlage aufsuchen, durch mangelhafte Be- und Entlüftung des Lokales, unzureichende Brandschutzmaßnahmen sowie mangelnde Hygiene ergeben könnten, ohne die erforderliche Genehmigung erlangt zu haben. Sie habe dadurch zu 1. eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1973 und zu 2. nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 4, GewO 1973 begangen, weshalb über sie nach den zitierten Gesetzesstellen Geldstrafen von je S 10.000,-- (Ersatzarreststrafen je 15 Tage) verhängt wurden. In der Begründung dieses Bescheides wurde aufgrund der entsprechenden Angaben der Beschwerdeführerin ausgeführt, daß in das Lokal "X" Zutritt hätten; beim Eintritt könnten sie eine oder mehrere Eintrittskarten zu einem Preis von jeweils S 20,-- pro Stück erwerben. Diese Eintrittskarten könnten im Clubraum gegen Getränke eingelöst werden. Es seien alle gängigen alkoholischen und alkoholfreien Getränke erhältlich; Speisen würden nicht verabreicht. Gegen Barzahlung würden Getränke überhaupt

nicht ausgefolgt. Die Eintrittskarten könnten nur beim Eingang an der Kassa erworben werden. Die Einnahmen aus den Eintrittsgeldern würden beim Finanzamt Ried/Innkreis auf den Namen der Beschwerdeführerin versteuert. Weiters würden an die Gemeinde

N pro ausgegebener Eintrittskarte die Abgaben entrichtet. Sollte bei dieser Tätigkeit ein Überschuß erzielt werden, so sei geplant, von diesem für die Beschwerdeführerin eine Aufwandsentschädigung in unbestimmter Höhe abzuziehen und einen eventuell verbleibenden Rest an die "X" derart zu verteilen, daß eine Veranstaltung durchgeführt oder ein kaltes Buffet zur Verfügung gestellt werde. Bislang sei noch kein Überschuß erzielt worden. Der X sei seit dem 6. März 1987 mit Ausnahme eines Sonntags täglich geöffnet gewesen, wobei für die Zukunft beabsichtigt sei, daß nur noch von Mittwoch bis Sonntag oder auch nur an Wochenenden geöffnet werde. Fixe Öffnungszeiten gebe es nicht. Bei dem X handle es sich nicht um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes, sondern um eine lose Personenvereinigung. N pro ausgegebener Eintrittskarte die Abgaben entrichtet. Sollte bei dieser Tätigkeit ein Überschuß erzielt werden, so sei geplant, von diesem für die Beschwerdeführerin eine Aufwandsentschädigung in unbestimmter Höhe abzuziehen und einen eventuell verbleibenden Rest an die "X" derart zu verteilen, daß eine Veranstaltung durchgeführt oder ein kaltes Buffet zur Verfügung gestellt werde. Bislang sei noch kein Überschuß erzielt worden. Der römisch zehn sei seit dem 6. März 1987 mit Ausnahme eines Sonntags täglich geöffnet gewesen, wobei für die Zukunft beabsichtigt sei, daß nur noch von Mittwoch bis Sonntag oder auch nur an Wochenenden geöffnet werde. Fixe Öffnungszeiten gebe es nicht. Bei dem römisch zehn handle es sich nicht um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes, sondern um eine lose Personenvereinigung.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung, die der Landeshauptmann von Oberösterreich mit Bescheid vom 7. Mai 1987 im Grunde des § 366 Abs. 1 Z. 2 und Z. 4 GewO 1973 abwies. Zur Begründung führte der Landeshauptmann aus, es sei unbestritten, daß die Beschwerdeführerin im Tatzeitraum eine Konzession zur Ausübung des Gastgewerbes im Standort N nicht besessen habe. Im erstbehördlichen Verfahren sei festgestellt worden, daß die Beschwerdeführerin im Tatzeitraum im eigenen Namen und auf eigene Rechnung alkoholische und nicht alkoholische Getränke gegen Entgelt von jeweils S 20,- ausgeschenkt habe. Dieser Sachverhalt sei von der Beschwerdeführerin weder im erstbehördlichen noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt worden. Die Erstbehörde habe daher zutreffend die Beschwerdeführerin der unbefugten Ausübung des Gastgewerbes schuldig erkannt und angemessen bestraft. Soweit die Beschwerdeführerin die Regelmäßigkeit der in Rede stehenden Tätigkeit bestreite, weil der Zutritt zu ihrem Gastgewerbebetrieb lediglich Mitgliedern des "X" offengestanden sei, müsse ihr entgegengehalten werden, daß nach den unbestrittenen Feststellungen der Erstbehörde ein Verein namens "X" bisher nach den Bestimmungen des Vereinsgesetzes nicht gegründet worden sei. Darüber hinaus stehe jedem Besucher, der die Eintrittsgebühr von S 20,- entrichtet habe, der Besuch des gegenständlichen Gastgewerbelokales offen. Der Umstand, daß die alkoholischen und nicht alkoholischen Getränke nicht gegen Barzahlung, sondern nur gegen Vorlage der Eintrittskarten ausgeschenkt würden, sei für das gegenständliche Verfahren unerheblich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei die gegenständliche Tätigkeit entgeltlich durchgeführt worden, weil sie nach ihren eigenen Angaben nach dem Abzug der entstehenden Unkosten eine Aufwandsentschädigung erhalten sollte. Für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit sei nämlich nicht nur die Entfaltung einer regelmäßigen, selbständigen und entgeltlichen Tätigkeit wesentlich, sondern auch die Absicht, einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Beschwerdeführerin habe weder im erstbehördlichen noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt, durch die unbefugte Ausübung des Gastgewerbes einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt zu haben. Die Beschwerdeführerin habe "im rückwärtigen Teil des Objektes N ein Gastgewerbelokal im Stil eines Westernsaloons eingerichtet, wobei das Lokal größere Räume in verschiedenen Höhen" aufweise. Vom Eingang links befinde sich eine längliche Bar, während im oberen Teil des Raumes eine Holzbrücke mit Holzzaun installiert worden sei. Die Erstbehörde habe daher zutreffend festgestellt, daß diese Anlagenänderung genehmigungspflichtig sei, weil eine unzumutbare Lärmbelästigung der Nachbarschaft sowie eine Erhöhung der Brandgefahr nicht auszuschließen sei. Aufgrund dieses erhobenen Sachverhaltes sei es entbehrlich gewesen, den Ehemann der Beschwerdeführerin als Zeugen einzuvernehmen. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung, die der Landeshauptmann von Oberösterreich mit Bescheid vom 7. Mai 1987 im Grunde des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 4, GewO 1973 abwies. Zur Begründung führte der Landeshauptmann aus, es sei unbestritten, daß die Beschwerdeführerin im Tatzeitraum eine Konzession zur Ausübung des Gastgewerbes im Standort N nicht besessen habe. Im erstbehördlichen Verfahren sei festgestellt worden, daß die Beschwerdeführerin im Tatzeitraum im eigenen Namen und auf eigene Rechnung alkoholische und nicht alkoholische Getränke gegen Entgelt von jeweils S 20,- ausgeschenkt habe. Dieser Sachverhalt sei von der

Beschwerdeführerin weder im erstbehördlichen noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt worden. Die Erstbehörde habe daher zutreffend die Beschwerdeführerin der unbefugten Ausübung des Gastgewerbes schuldig erkannt und angemessen bestraft. Soweit die Beschwerdeführerin die Regelmäßigkeit der in Rede stehenden Tätigkeit bestreite, weil der Zutritt zu ihrem Gastgewerbebetrieb lediglich Mitgliedern des "X" offengestanden sei, müsse ihr entgegengehalten werden, daß nach den unbestrittenen Feststellungen der Erstbehörde ein Verein namens "X" bisher nach den Bestimmungen des Vereinsgesetzes nicht gegründet worden sei. Darüber hinaus stehe jedem Besucher, der die Eintrittsgebühr von S 20,- entrichtet habe, der Besuch des gegenständlichen Gastgewerbelokales offen. Der Umstand, daß die alkoholischen und nicht alkoholischen Getränke nicht gegen Barzahlung, sondern nur gegen Vorlage der Eintrittskarten ausgeschenkt würden, sei für das gegenständliche Verfahren unerheblich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei die gegenständliche Tätigkeit entgeltlich durchgeführt worden, weil sie nach ihren eigenen Angaben nach dem Abzug der entstehenden Unkosten eine Aufwandsentschädigung erhalten sollte. Für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit sei nämlich nicht nur die Entfaltung einer regelmäßigen, selbständigen und entgeltlichen Tätigkeit wesentlich, sondern auch die Absicht, einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Beschwerdeführerin habe weder im erstbehördlichen noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt, durch die unbefugte Ausübung des Gastgewerbes einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt zu haben. Die Beschwerdeführerin habe "im rückwärtigen Teil des Objektes N ein Gastgewerbelokal im Stil eines Westernsaloons eingerichtet, wobei das Lokal größere Räume in verschiedenen Höhen" aufweise. Vom Eingang links befinde sich eine längliche Bar, während im oberen Teil des Raumes eine Holzbrücke mit Holzzaun installiert worden sei. Die Erstbehörde habe daher zutreffend festgestellt, daß diese Anlagenänderung genehmigungspflichtig sei, weil eine unzumutbare Lärmbelästigung der Nachbarschaft sowie eine Erhöhung der Brandgefahr nicht auszuschließen sei. Aufgrund dieses erhobenen Sachverhaltes sei es entbehrlich gewesen, den Ehemann der Beschwerdeführerin als Zeugen einzuvernehmen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin nach ihrem gesamten Vorbringen in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht der in Rede stehenden Verwaltungsübertretungen schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes bringt die Beschwerdeführerin zunächst unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, die Feststellung der belangten Behörde, es stehe jedem Besucher der die Eintrittsgebühr entrichtet habe, der Besuch des gegenständlichen Lokales offen, stehe im Widerspruch zu den getroffenen Erhebungen des Gendarmeriepostenkommandos Ried/Innkreis.

Die von der Beschwerdeführerin gerügte Feststellung vermag der Verwaltungsgerichtshof schon deshalb nicht als unschlüssig oder als das Ergebnis eines mangelhaften Verfahrens zu erkennen, weil sich die belangte Behörde bei dieser Feststellung auf die eigene Aussage der Beschwerdeführerin vom 24. März 1987 stützen konnte.

Das weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde habe zu Unrecht zusätzliche Erhebungen unterlassen, vermag schon deshalb eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun, weil gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides zu führen hat, sondern nur ein solcher Verfahrensverstoß, bei dessen Vermeidung die Behörde zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können. Für den Verwaltungsgerichtshof ist weder aus den Verwaltungsstrafakten noch aus dem Vorbringen in der Beschwerde ersichtlich, welches andere Ergebnis die von der Beschwerdeführerin vermißten weiteren Erhebungen hätten zeitigen können. Das weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde habe zu Unrecht zusätzliche Erhebungen unterlassen, vermag schon deshalb eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun, weil gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera c, VwGG nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides zu führen hat, sondern nur ein solcher Verfahrensverstoß, bei dessen Vermeidung die Behörde zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können.

Für den Verwaltungsgerichtshof ist weder aus den Verwaltungsstrafakten noch aus dem Vorbringen in der Beschwerde ersichtlich, welches andere Ergebnis die von der Beschwerdeführerin vermißten weiteren Erhebungen hätten zeitigen können.

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides bestreitet die Beschwerdeführerin lediglich die Rechtsansicht der belangten Behörde, die in Rede stehende Tätigkeit der Beschwerdeführerin sei als gewerbsmäßig zu qualifizieren. Sowohl von ihr als von ihrem Gatten sei vorgebracht worden, daß nur Mitgliedern der Zutritt zum Clublokal möglich sei. Daraus sei ersichtlich, daß nur ein beschränkter Personenkreis Zutritt habe und eines der entscheidenden Wesensmerkmale eines Gastgewerbebetriebes somit nicht vorläge. Es sei auch die Gewinnabsicht nicht gegeben, da ein Entgelt nicht in der Weise erzielt werde, daß ein Gewinn herauskommen könne. Ein Entgelt aber, das nur die Unkosten ganz oder teilweise decke, erfülle die Gewinnabsicht nicht. Schließlich sei das Lokal nicht immer geöffnet, sondern nur bei entsprechender Anmeldung, worin sich der Clubcharakter des Betriebes manifestiere.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu S 30.000,-- oder mit einer Arreststrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer ein konzessioniertes Gewerbe ohne die erforderliche Konzession ausübt. Ebenso begeht nach § 366 Abs. 1 Z. 4 leg. cit. eine Verwaltungsübertretung, die in gleicher Weise zu ahnden ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt. Gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu S 30.000,-- oder mit einer Arreststrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer ein konzessioniertes Gewerbe ohne die erforderliche Konzession ausübt. Ebenso begeht nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 4, leg. cit. eine Verwaltungsübertretung, die in gleicher Weise zu ahnden ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt.

Gemäß § 1 Abs. 1 leg. cit. gilt dieses Bundesgesetz - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Nach dem Abs. 2 dieser Gesetzesstelle 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. Nach Abs. 3 liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Die Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen liegt zufolge Abs. 5 auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Im Hinblick auf die zuletzt genannte Bestimmung ist es daher - unabhängig davon, ob es sich bei dem von der Beschwerdeführerin geführten "X" nun um eine Personenvereinigung im Sinne des Abs. 5 dieser Gesetzesstelle handelt - für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit der der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Tätigkeit ohne Bedeutung, ob nur Mitgliedern der Zutritt zum Clublokal möglich ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 17. November 1976, Zl. 2049/75, dargetan hat, ist die Gewerbsmäßigkeit selbst dann nicht zu verneinen, wenn ein Verein die Tätigkeit auf seine Mitglieder beschränkt. Desgleichen kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, nicht darauf an, ob diese Tätigkeit allenfalls mit dem in den Vereinsstatuten festgelegten Vereinszweck übereinstimmt. Umso weniger kann dies für eine lose Vereinigung gelten, wie sie nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin der von ihr geführte "X" darstellt. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, leg. cit. gilt dieses Bundesgesetz - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Nach dem Absatz 2, dieser Gesetzesstelle 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. Nach Absatz 3, liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Die Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen liegt zufolge Absatz 5, auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Im Hinblick auf die zuletzt genannte Bestimmung ist es daher - unabhängig davon, ob es sich bei dem von der Beschwerdeführerin geführten "X" nun um eine Personenvereinigung im Sinne des Absatz 5, dieser Gesetzesstelle handelt - für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit der der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Tätigkeit ohne Bedeutung, ob nur Mitgliedern der Zutritt zum Clublokal möglich ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 17. November 1976, Zl. 2049/75, dargetan hat,

ist die Gewerbsmäßigkeit selbst dann nicht zu verneinen, wenn ein Verein die Tätigkeit auf seine Mitglieder beschränkt. Desgleichen kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, nicht darauf an, ob diese Tätigkeit allenfalls mit dem in den Vereinsstatuten festgelegten Vereinszweck übereinstimmt. Umso weniger kann dies für eine lose Vereinigung gelten, wie sie nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin der von ihr geführte "X" darstellt.

Mit ihren weiteren Ausführungen, die für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erforderliche Regelmäßigkeit sei deshalb nicht gegeben, weil das Lokal nur bei entsprechender Anmeldung geöffnet werde, entfernt sich die Beschwerdeführerin von dem für den Verwaltungsgerichtshof zufolge § 41 Abs. 1 VwGG maßgebenden von der belangten Behörde in nicht rechtswidriger Weise angenommenen Sachverhalt, wonach das fragliche Lokal im Tatzeitraum täglich mit Ausnahme eines Sonntags geöffnet war. Auf dieses Vorbringen ist daher nicht weiter einzugehen. Mit ihren weiteren Ausführungen, die für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erforderliche Regelmäßigkeit sei deshalb nicht gegeben, weil das Lokal nur bei entsprechender Anmeldung geöffnet werde, entfernt sich die Beschwerdeführerin von dem für den Verwaltungsgerichtshof zufolge Paragraph 41, Absatz eins, VwGG maßgebenden von der belangten Behörde in nicht rechtswidriger Weise angenommenen Sachverhalt, wonach das fragliche Lokal im Tatzeitraum täglich mit Ausnahme eines Sonntags geöffnet war. Auf dieses Vorbringen ist daher nicht weiter einzugehen.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag aber auch die Rechtsansicht der belangten Behörde, im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin angestrebte "Aufwandsentschädigung und die Zuwendung eines allfälligen Überschusses an die 'Clubmitglieder'" hafte der der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Tätigkeit auch das Merkmal der Gewinnabsicht an, nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Da somit die belangte Behörde die fragliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin zutreffend dem Gewerbebegriff des § 1 Abs. 2 GewO 1973 unterstellte, steht auch ihre weitere Rechtsansicht, diese Tätigkeit stelle die Ausübung des der Konzessionspflicht unterliegenden Gastgewerbes gemäß § 189 Abs. 1 Z. 3 und 4 GewO 1973 dar, mit dem Gesetz nicht in Widerspruch, sodaß die belangte Behörde im Hinblick auf das Fehlen einer entsprechenden Konzession dieses Verhalten zutreffend der Strafbestimmung des § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 unterstellte. Da somit die belangte Behörde die fragliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin zutreffend dem Gewerbebegriff des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1973 unterstellte, steht auch ihre weitere Rechtsansicht, diese Tätigkeit stelle die Ausübung des der Konzessionspflicht unterliegenden Gastgewerbes gemäß Paragraph 189, Absatz eins, Ziffer 3 und 4 GewO 1973 dar, mit dem Gesetz nicht in Widerspruch, sodaß die belangte Behörde im Hinblick auf das Fehlen einer entsprechenden Konzession dieses Verhalten zutreffend der Strafbestimmung des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1973 unterstellte.

Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt 1 des angefochtenen Bescheides wendet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt 1 des angefochtenen Bescheides wendet, gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides wendet, ist sie dagegen im Ergebnis berechtigt.

Die belangte Behörde wertete das der Beschwerdeführerin in diesem Punkt zur Last gelegte Verhalten als eine im Sinne des § 81 GewO 1973 genehmigungspflichtige Umwandlung einer Betriebsanlage und unterstellte diese Tat dementsprechend dem Tatbild des § 366 Abs. 1 Z. 4 leg. cit. Diese Rechtsansicht steht insofern mit dem Gesetz in Widerspruch, als der Begriffsinhalt der "Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage" einen sachlichen Zusammenhang zwischen genehmigter und geänderter Betriebsanlage voraussetzt, während eine Gesamtumwandlung unter Wegfall eines solchen Zusammenhanges nicht als Änderung im Sinne des § 81 GewO 1973 angesehen werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. März 1987, Zl. 86/04/0118 und die dort zitierte Vorjudikatur). Die belangte Behörde wertete das der Beschwerdeführerin in diesem Punkt zur Last gelegte Verhalten als eine im Sinne des Paragraph 81, GewO 1973 genehmigungspflichtige Umwandlung einer Betriebsanlage und unterstellte diese Tat dementsprechend dem Tatbild des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 4, leg. cit. Diese Rechtsansicht steht insofern mit dem Gesetz in Widerspruch, als der Begriffsinhalt der "Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage" einen sachlichen Zusammenhang zwischen genehmigter und geänderter Betriebsanlage voraussetzt,

während eine Gesamtumwandlung unter Wegfall eines solchen Zusammenhanges nicht als Änderung im Sinne des Paragraph 81, GewO 1973 angesehen werden kann vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 17. März 1987, Zl. 86/04/0118 und die dort zitierte Vorjudikatur).

Da nun die Änderung einer zur Erzeugung von Schuhen bestimmten Betriebsanlage in einen Gastgewerbebetrieb zweifellos des genannten Zusammenhanges entbehrt und somit eine Gesamtumwandlung darstellt, verkannte die belangte Behörde die Rechtslage, wenn sie diesen Tatvorwurf dem Tatbild des § 366 Abs. 1 Z. 4 und nicht jenem des § 366 Abs. 1 Z. 3 GewO 1973 unterstellte. Da nun die Änderung einer zur Erzeugung von Schuhen bestimmten Betriebsanlage in einen Gastgewerbebetrieb zweifellos des genannten Zusammenhanges entbehrt und somit eine Gesamtumwandlung darstellt, verkannte die belangte Behörde die Rechtslage, wenn sie diesen Tatvorwurf dem Tatbild des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 4 und nicht jenem des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1973 unterstellte.

Der angefochtene Bescheid war daher in seinem Punkt 2 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. Der angefochtene Bescheid war daher in seinem Punkt 2 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 243/1985. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft nicht erforderlichen Stempelgebührenaufwand. Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers Bundesgesetzblatt Nr. 243 aus 1985,. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft nicht erforderlichen Stempelgebührenaufwand.

Wien, am 22. September 1987

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1987:1987040110.X00

Im RIS seit

20.02.2006

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at