

TE Lvwg Erkenntnis 2020/12/14 VGW-122/043/10711/2020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.12.2020

Entscheidungsdatum

14.12.2020

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §360 Abs3

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

1. GewO 1994 § 360 heute
2. GewO 1994 § 360 gültig ab 24.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2025
3. GewO 1994 § 360 gültig von 29.05.2013 bis 23.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
4. GewO 1994 § 360 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
5. GewO 1994 § 360 gültig von 01.07.1997 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
6. GewO 1994 § 360 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

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Maga Kovar-Keri über die Beschwerde des Vereins A. (Kunst und Freizeitverein ...), Wien, B.-Straße, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27.07.2020, Zahl ..., mit welchem gemäß § 360 Abs. 3 Gewerbeordnung (GewO 1994) die Schließung der Betriebsanlage im Standort Wien, C.-gasse, in welcher der Verein A. (Kunst und Freizeitverein ...) das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar unbefugt ausübt, durch Austausch von drei Schlössern, verfügt wurde, Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.a Kovar-Keri über die Beschwerde des Vereins A. (Kunst und Freizeitverein ...), Wien, B.-Straße, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27.07.2020, Zahl ..., mit welchem gemäß Paragraph 360, Absatz 3, Gewerbeordnung (GewO 1994) die Schließung der Betriebsanlage im Standort Wien, C.-gasse, in welcher der Verein A. (Kunst und Freizeitverein ...) das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar unbefugt ausübt, durch Austausch von drei Schlössern, verfügt wurde,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGGV wird festgestellt, dass die von der Verwaltungsbehörde bescheidmäßig verhängte Maßnahme nicht rechtmäßig war. römisch eins. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGGV wird festgestellt, dass die von der Verwaltungsbehörde bescheidmäßig verhängte Maßnahme nicht rechtmäßig war.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG – Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG – Bundesverfassungsgesetz unzulässig. römisch zwei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG – Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG – Bundesverfassungsgesetz unzulässig.

Entscheidungsgründe

Ad I. Ad römisch eins.

Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27. Juli 2020, Zl. ..., wurde gemäß § 360 Abs. 3 GewO 1994 die Schließung des Betriebes in Wien, C.-gasse, in welchem der nunmehrige Beschwerdeführer unbefugt das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ausübte, verfügt. Begründet wurde dieser Bescheid damit, dass im Zuge einer Kontrolle am 26. Juni 2020 die unbefugte Ausübung des Gastgewerbes habe festgestellt werden können. Das Lokal sei zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Vertretern der MD/OS-SFM, der Magistratsabteilung 36, der Magistratsabteilung 59 und der Landespolizeidirektion Wien um 20:50 Uhr betrieben worden, neun Personen hätten diverse Getränke und Shishas konsumiert, wobei nur eine Person einen „Mitgliedsausweis“ vorweisen habe können. Aufzeichnungen über Mitglieder des Vereins hätten nicht vorgewiesen werden können. Das Gassenlokal, welches klar das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweise, würde dreimal pro Woche geöffnet sein. Deshalb sei die Schließung der Betriebsanlage am 27. Juli 2020 gemäß § 360 Abs. 3 GewO bescheidmäßig verfügt worden. Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27. Juli 2020, Zl. ..., wurde gemäß Paragraph 360, Absatz 3, GewO 1994 die Schließung des Betriebes in Wien, C.-gasse, in welchem der nunmehrige Beschwerdeführer unbefugt das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ausübte, verfügt. Begründet wurde dieser Bescheid damit, dass im Zuge einer Kontrolle am 26. Juni 2020 die unbefugte Ausübung des Gastgewerbes habe festgestellt werden können. Das Lokal sei zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Vertretern der MD/OS-SFM, der Magistratsabteilung 36, der Magistratsabteilung 59 und der Landespolizeidirektion Wien um 20:50 Uhr betrieben worden, neun Personen hätten diverse Getränke und Shishas konsumiert, wobei nur eine Person einen „Mitgliedsausweis“ vorweisen habe können. Aufzeichnungen über Mitglieder des Vereins hätten nicht vorgewiesen werden können. Das Gassenlokal, welches klar das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweise, würde dreimal pro Woche geöffnet sein. Deshalb sei die Schließung der Betriebsanlage am 27. Juli 2020 gemäß Paragraph 360, Absatz 3, GewO bescheidmäßig verfügt worden.

Dagegen richtet sich die vorliegende form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde, worin im Wesentlichen eine gewerbliche Tätigkeit des Beschwerdeführers bestritten wurde. Am Tag der Kontrolle seien die Kontrollorgane nicht in das Vereinslokal gelassen worden, zumal das Betreten des Vereins nur für Vereinsmitglieder gestattet sei. Erst als die Polizei angeklopft habe, sei die Türe geöffnet worden, was die Tatsache, dass nur Mitglieder in den Verein dürften, unterstreiche. Zwar hätte nur ein Vereinsmitglied einen Mitgliedsausweis dabeigehabt. Dies sei auch gar nicht notwendig, weil der anwesende Vereinsobmann jedes Mitglied kenne. Nur weil die am Tag der Kontrolle anwesenden

Mitglieder ihren Mitgliedsausweis vergessen hätten, hätten sie ihre Mitgliedeigenschaft nicht verloren. Die Aufzeichnungen über die Mitglieder hätten im Verein nicht vorgelegen, weil die Vereinsmappe auf Grund des Lockdowns in der Wohnung des Vereinsobmannes gelegen habe. Der Beschwerdeführer würde alles regelrecht dokumentieren. Er verwehre sich gegen Anschuldigungen wegen Lärm und Mülltrennen. Diese Schäden würden dem Verein in die Schuhe geschoben werden, sodass gefordert werde, die Behörde möge ebenso gegen die Menschen vorgehen, die dem Verein schaden wollen würden. Das Erscheinungsbild des Vereins entspreche einem Gewerbebetrieb, weil bereits vor Vertragsunterzeichnung eine Bar vorhanden gewesen sei. Es würden Gespräche mit dem Eigentümer geführt, damit diese Bar abgerissen werden könne. Es werde um Öffnung des Vereinslokales und Übergabe der Schlüssel gebeten, damit der Verein auch in Zukunft regelrecht arbeiten könne.

Die belangte Behörde legte die bezughabenden Akten vor.

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 forderte das Verwaltungsgericht Wien den Beschwerdeführer auf, innerhalb einer Frist von 2 Wochen die Vereinsstatuten sowie die Namen aller Vereinsmitglieder vorzulegen. Der Beschwerdeführer reagierte nicht auf diese Aufforderung.

Am 30. November 2020 teilte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht Wien mit, dass mit dortamtlichen Bescheid vom 15. Oktober 2020 die verfahrensgegenständliche Sicherungsmaßnahme auf Grund der erfolgten Gewerbeanmeldung widerrufen wurde.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die Gewerbeordnung 1994 gilt gemäß ihres § 1, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Die Gewerbeordnung 1994 gilt gemäß ihres Paragraph eins,, soweit nicht die Paragraphen 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Eine Tätigkeit wird nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 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. Eine Tätigkeit wird nach Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 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.

Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt nach § 1 Abs. 6 GewO 1994 die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt nach Paragraph eins, Absatz 6, GewO 1994 die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Ist eine Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 (unbefugte Gewerbeausübung) offenkundig, so hat die Behörde gemäß § 360 Abs. 3 GewO 1994 ohne vorausgegangenes Verfahren und vor Erlassung eines Bescheides den gesamten der Rechtsordnung nicht entsprechenden Betrieb an Ort und Stelle zu schließen; eine solche Betriebsschließung liegt auch

dann vor, wenn eine Gewerbeausübung unterbunden wird, die keine Betriebsstätte aufweist; hierüber ist jedoch binnen eines Monats ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die getroffene Maßnahme als aufgehoben gilt. Der Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn er gemäß § 19 des Zustellgesetzes wegen Unzustellbarkeit an die Behörde zurückgestellt worden ist. Ist eine Übertretung gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, (unbefugte Gewerbeausübung) offenkundig, so hat die Behörde gemäß Paragraph 360, Absatz 3, GewO 1994 ohne vorausgegangenes Verfahren und vor Erlassung eines Bescheides den gesamten der Rechtsordnung nicht entsprechenden Betrieb an Ort und Stelle zu schließen; eine solche Betriebsschließung liegt auch dann vor, wenn eine Gewerbeausübung unterbunden wird, die keine Betriebsstätte aufweist; hierüber ist jedoch binnen eines Monats ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die getroffene Maßnahme als aufgehoben gilt. Der Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn er gemäß Paragraph 19, des Zustellgesetzes wegen Unzustellbarkeit an die Behörde zurückgestellt worden ist.

Hingegen bestimmt § 360 Abs. 1 GewO 1994, dass, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 besteht, die Behörde unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den Gewerbeausübenden bzw. den Anlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern hat; eine solche Aufforderung hat auch dann zu ergehen, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 367 Z 25 besteht und nicht bereits ein einschlägiges Verfahren gemäß § 79c oder § 82 Abs. 3 anhängig ist. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Stilllegung von Maschinen oder die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen. Hingegen bestimmt Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994, dass, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, 2, oder 3 besteht, die Behörde unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den Gewerbeausübenden bzw. den Anlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern hat; eine solche Aufforderung hat auch dann zu ergehen, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß Paragraph 367, Ziffer 25, besteht und nicht bereits ein einschlägiges Verfahren gemäß Paragraph 79 c, oder Paragraph 82, Absatz 3, anhängig ist. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Stilllegung von Maschinen oder die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen.

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (Beschwerdevorbringen, Einsichtnahme in den behördlichen Akt, Mitteilung der belangten Behörde) steht folgender Sachverhalt fest:

Das gegenständliche Lokal in Wien, C.-gasse, wurde im hier maßgeblichen Zeitraum zunächst von dem unter der ZVR-Zahl ... im Vereinsregister registrierten Verein A. (Kunst- und Freizeitverein ...) betrieben. Vereinsobmann ist Herr D. E.. Seit 23. September 2020 hat Herr F. E. am Standort Wien, C.-gasse, das Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hierbei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden, angemeldet.

Der Beschwerdeführer verfügte weder am 27. Juli 2020 noch davor oder danach über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe. Nichtsdestotrotz war bei der Kontrolle am 26. Juni 2020 das gegenständliche Gassenlokal, für welches eine Betriebsanlagengenehmigung vorliegt, geöffnet. Das Lokal weist das äußere Erscheinungsbild eines Gastgewerbes auf, als es über eine Bar mit Sitzhockern und Verabreichungsplätze verfügt. Weiters wird es dreimal pro Woche betrieben. Am Tag der Kontrolle vom 26. Juni 2020 waren 9 Gäste anwesend, die gegen Entgelt diverse Getränke konsumierten und Shishas rauchten. Aufzeichnungen über die Mitglieder des Vereins bzw. die Vereinsstatuten wurden nicht vorgelegt. Für eine Pauschale von EUR 35,-- dürfen Personen unbegrenzt Getränke konsumieren und Shishas rauchen.

Aus Anlass dieser Kontrolle legte die Magistratsabteilung 59 eine Anzeige wegen unbefugter Gewerbeausübung des gegenständlichen Vereins an die belangte Behörde. In weiterer Folge verfügte die belangte Behörde mit dem gegenständlichen Bescheid vom 27. Juli 2020 die behördliche Schließung der Betriebsanlage in Wien, C.-gasse. Dieser Bescheid wurde im Rahmen der Revision vom 29. Juli 2020, an welcher Vertreter der Magistratsdirektion Organisation

und Sicherheit – Gruppe Sofortmaßnahmen und der Magistratsabteilung 36 teilnahmen, von der Magistratsabteilung 6 – Erhebungs- und Vollstreckungsdienst vollstreckt. Es kann nicht festgestellt werden, dass die gegenständliche Betriebsanlage an diesem Tag für Gäste zugänglich war.

Die Feststellungen zur Gewerblichkeit der ausgeübten Tätigkeit des Beschwerdeführers gründen auf dem unbedenklichen Akteninhalt, insbesondere der Anzeige der Magistratsabteilung 59 vom 30. Juni 2020. Ob das Lokal – so wie in der Beschwerde behauptet – nur von Vereinsmitgliedern aufgesucht werden darf, bleibt letztlich irrelevant, zumal der verfahrensgegenständliche Betrieb dreimal pro Woche stattfindet und daher die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, vermutet wird. Der regelmäßige und selbständige Betrieb sowie die Tatsache, dass das Lokal den äußeren Anschein eines Gastgewerbebetriebes aufweist, wurde vom Beschwerdeführer nicht einmal bestritten. Die Feststellung der Entgeltlichkeit der konsumierten Getränke und Shishas in Form einer Monatspauschale von EUR 35,-- gründet auf der Aussage des Obmanns des Beschwerdeführers selbst.

Die unbefugte Gewerbeausübung durch den Beschwerdeführer ergibt sich sohin aus den festgestellten aktenkundigen und mit Lichtbildern dokumentierten Umständen der Kontrolle vom 26. Juni 2020.

Eine Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ist im Sinne des § 360 Abs. 3 GewO 1994 „offenkundig“, wenn bei Bedachtnahme auf den der Behörde offenliegenden Sachverhalt daran keine Zweifel bestehen (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, RZ 30 zu § 360 GewO, sowie Kienast, Die einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen nach der GewO 1994, ZfV 1995, 303; vgl. auch VwGH vom 23.4.2003, Zl. 2002/04/0112). Eine Übertretung gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 ist im Sinne des Paragraph 360, Absatz 3, GewO 1994 „offenkundig“, wenn bei Bedachtnahme auf den der Behörde offenliegenden Sachverhalt daran keine Zweifel bestehen vergleiche Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, RZ 30 zu Paragraph 360, GewO, sowie Kienast, Die einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen nach der GewO 1994, ZfV 1995, 303; vergleiche auch VwGH vom 23.4.2003, Zl. 2002/04/0112).

Nach § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, bei Vereinen auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Das Merkmal der Ertragsabsicht wird damit gegenüber der allgemeinen Grundregel des § 1 Abs. 2 GewO 1994 weiter gefasst, wobei die allgemeine Bestimmung des § 1 Abs. 2 GewO 1994 daneben weiterhin anwendbar ist (vgl. zuletzt VwGH vom 30. April 2019, Zl. Ra 2017/04/0128, mwN). Nach Paragraph eins, Absatz 6, erster Satz GewO 1994 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, bei Vereinen auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Das Merkmal der Ertragsabsicht wird damit gegenüber der allgemeinen Grundregel des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 weiter gefasst, wobei die allgemeine Bestimmung des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 daneben weiterhin anwendbar ist vergleiche zuletzt VwGH vom 30. April 2019, Zl. Ra 2017/04/0128, mwN).

Wenn „Vereinsmitglieder“ für eine Monatspauschale von EUR 35,-- unbegrenzt Getränke konsumieren und Shishas rauchen dürfen, so stellt dies unzweifelhaft einen günstigeren Preis als bei befugten Gewerbetreibenden dar. Dies indiziert aber einen den Vereinsmitgliedern zufließenden vermögenswerten Vorteil (vgl. dazu VwGH vom 18. August 2017, Zl. Ra 2017/04/0081, mwN). Wenn „Vereinsmitglieder“ für eine Monatspauschale von EUR 35,-- unbegrenzt Getränke konsumieren und Shishas rauchen dürfen, so stellt dies unzweifelhaft einen günstigeren Preis als bei befugten Gewerbetreibenden dar. Dies indiziert aber einen den Vereinsmitgliedern zufließenden vermögenswerten Vorteil vergleiche dazu VwGH vom 18. August 2017, Zl. Ra 2017/04/0081, mwN).

Das Beschwerdevorbringen führt daher gänzlich ins Leere. Schließlich sei noch zu bemerken, dass das Vorbringen, die anwesenden Vereinsmitglieder hätten keinen Ausweis gebraucht, weil der anwesende Vereinsobmann die Vereinsmitglieder kenne, nicht glaubhaft ist, zumal aus der Anzeige der Magistratsabteilung 59 vom 30. Juni 2020 eindeutig hervorgeht, dass der Vereinsobmann am Tag der Kontrolle nicht anwesend war, sondern erst auf Grund der Kontrolle telefonisch herbeigerufen wurde. Eine persönliche Mitgliederkontrolle kann er somit nicht durchgeführt

haben. Im Zusammenhalt mit der Tatsache, dass weder vor der belangten Behörde noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Aufzeichnungen über die Mitglieder des Beschwerdeführers vorgelegt wurden, unterstreicht die offensichtliche Verschleierung eines Gewerbebetriebes durch ein Vereinskonstrukt eindrucksvoll.

Die Feststellungen zum Verfahrensgang vor der belangten Behörde ist dem unbedenklichen Akteninhalt entnommen, welcher mit Schreiben der belangten Behörde vom 2. Dezember 2020 untermauert wurde.

In rechtlicher Hinsicht folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

Für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage kommt es auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes an. Im Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung müssen daher ebenso wie im Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung die Voraussetzungen für die Maßnahme (hier die Schließung des Betriebes) gegeben sein. Fällt während des Verfahrens eine dieser Voraussetzungen weg, so ist ein vergangenheitsbezogener Feststellungsbescheid zu erlassen. Diesfalls hat sich die Entscheidung auf den Zeitraum beginnend ab der faktischen Setzung der Maßnahme bis zum Wegfall der Voraussetzungen zu beziehen. Dem Wort „hierüber“ kommt die Bedeutung einer Abgrenzung der Sachentscheidungsbefugnis – ähnlich jener der nach der früheren Rechtslage der Berufungsbehörde nach § 66 Abs. 4 AVG – insofern zu, als durch die Maßnahme der Gegenstand des Verfahrens umschrieben wird (vgl. VwGH vom 26. Juni 2011, Zl. 2001/04/0073). Für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage kommt es auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes an. Im Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung müssen daher ebenso wie im Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung die Voraussetzungen für die Maßnahme (hier die Schließung des Betriebes) gegeben sein. Fällt während des Verfahrens eine dieser Voraussetzungen weg, so ist ein vergangenheitsbezogener Feststellungsbescheid zu erlassen. Diesfalls hat sich die Entscheidung auf den Zeitraum beginnend ab der faktischen Setzung der Maßnahme bis zum Wegfall der Voraussetzungen zu beziehen. Dem Wort „hierüber“ kommt die Bedeutung einer Abgrenzung der Sachentscheidungsbefugnis – ähnlich jener der nach der früheren Rechtslage der Berufungsbehörde nach Paragraph 66, Absatz 4, AVG – insofern zu, als durch die Maßnahme der Gegenstand des Verfahrens umschrieben wird vergleiche VwGH vom 26. Juni 2011, Zl. 2001/04/0073).

Ausgehend von den Feststellungen der belangten Behörde zur Einrichtung und Ausstattung der betreffenden Räumlichkeiten ist die Ansicht, die Tätigkeiten wiesen das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf, nicht zu beanstanden.

Die belangte Behörde hat daher zutreffenderweise einen Handlungsbedarf für eine Sicherungsmaßnahme nach § 360 GewO 1994 gesehen. Die belangte Behörde hat daher zutreffenderweise einen Handlungsbedarf für eine Sicherungsmaßnahme nach Paragraph 360, GewO 1994 gesehen.

Dennoch erweist sich die gesetzte Maßnahme als rechtswidrig. Als Rechtsgrundlage für ihr Vorgehen wählte die belangte Behörde § 360 Abs. 3 GewO 1994. Tatsächlich wurde aber am 29. Juli 2020 kein Akt unmittelbarer Zwangs- und Befehlsgewalt gesetzt, sondern vielmehr der Bescheid vom 27. Juli 2020 vollstreckt. Die richtige Rechtsgrundlage wäre daher § 360 Abs. 1 GewO 1994 gewesen. Dennoch erweist sich die gesetzte Maßnahme als rechtswidrig. Als Rechtsgrundlage für ihr Vorgehen wählte die belangte Behörde Paragraph 360, Absatz 3, GewO 1994. Tatsächlich wurde aber am 29. Juli 2020 kein Akt unmittelbarer Zwangs- und Befehlsgewalt gesetzt, sondern vielmehr der Bescheid vom 27. Juli 2020 vollstreckt. Die richtige Rechtsgrundlage wäre daher Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994 gewesen.

Da die belangte Behörde aber die formellen Schritte nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 unterließ, als vor Erlassung des gegenständlichen Bescheides eine Verfahrensanordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist nicht erlassen wurde, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die belangte Behörde lediglich in der Anführung der Rechtsgrundlage irrte, sondern sie schlichtweg das falsche Verfahren gewählt hat. Dies wird auch dadurch unterstrichen, als Feststellungen zu einer unbefugten Gewerbsausübung am 29. Juli 2020 gänzlich fehlen. Da die belangte Behörde aber die formellen Schritte nach Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994 unterließ, als vor Erlassung des gegenständlichen Bescheides eine Verfahrensanordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist nicht erlassen wurde, kann nicht davon ausgegangen

werden, dass sich die belangte Behörde lediglich in der Anführung der Rechtsgrundlage irrte, sondern sie schlichtweg das falsche Verfahren gewählt hat. Dies wird auch dadurch unterstrichen, als Feststellungen zu einer unbefugten Gewerbsausübung am 29. Juli 2020 gänzlich fehlen.

Ungeachtet der Tatsache, dass der Beschwerdeführer zweifellos eine Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begangen hat, musste daher festgestellt werden, dass die tatsächlich verfügte Maßnahme rechtswidrig war. Ungeachtet der Tatsache, dass der Beschwerdeführer zweifellos eine Übertretung gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 begangen hat, musste daher festgestellt werden, dass die tatsächlich verfügte Maßnahme rechtswidrig war.

Ad II. Ad römisch zwei.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den hier relevanten Rechtsfragen ab, noch fehlt es an einer diesbezüglichen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenso liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den hier relevanten Rechtsfragen ab, noch fehlt es an einer diesbezüglichen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenso liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

Gemäß § 24 Abs. 1 iVm Abs. 3 VwGVG war eine öffentliche mündliche Verhandlung nicht durchzuführen. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 3, VwGVG war eine öffentliche mündliche Verhandlung nicht durchzuführen.

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Betriebsschließung; unbefugte Gewerbeausübung; offenkundig; Gastgewerbe

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.122.043.10711.2020

Zuletzt aktualisiert am

28.11.2023

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at