

# TE UVS Tirol 2008/06/17 2008/25/1568-3

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.06.2008

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Alexander Hohenhorst über die Berufung des Herrn E. K., XY-Straße 33, V., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. C. M., XY-Platz 1, H., vom 11.04.2008, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck vom 25.03.2008, ZI SG-24-2007, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insoferne Folge gegeben, als die Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.500,00 auf Euro 1.000,00, bei Uneinbringlichkeit 4 Tage Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gemäß § 64 Abs 2 VStG mit Euro 100,00 neu festgesetzt.

## **Text**

Mit dem bekämpften Straferkenntnis wurde Herrn K. Folgendes zur Last gelegt und wurde er dafür bestraft:

?Der Beschuldigte K. E., geb XY, vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. C. M., H., XY-Platz 1, hat es als Obmann und sohin als das nach außen hin vertretungsbefugte und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Organ des Vereines ?XY, Türkischer Freizeit und Sportverein?, mit dem Sitz in W., XY-Gasse 9a, ZVR-Zahl 425363137, zu verantworten, dass durch den gegenständlichen Verein im Standort W., XY-Gasse 9a, dadurch in der Zeit vom 10.02.2006 bis 31.12.2007 gewerbsmäßig das Gastgewerbe in der Betriebsart ?Cafe? mit dem Berechtigungsumfang nach § 111 (1) Z 2 (die Speisenverabreichung eingeschränkt auf Imbisse) ausgeübt wurde, indem durch den angeführten Verein an Kunden (Vereinsmitglieder und Nichtmitglieder) in Ertragsabsicht Speisen (Toasts) sowie alkoholische und alkoholfreie Getränke gegen Entgelt verabreicht wurden, der genannte Verein jedoch nicht im Besitz der für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Gastgewerbeberechtigung für einen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart ?Cafe? ist und hat dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 5 (1) und § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 begangen.

Gemäß § 366 Abs 1 (Einleitungssatz) GewO 1994 wird daher über den Beschuldigten eine Geldstrafe in Höhe von Euro 1.500,00 verhängt.

Im Falle der Nichteinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 7 Tagen.

Der Bestrafte hat als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 (2) VStG Euro 150,00 zu zahlen sowie die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.?

Dagegen richtet sich die Berufung von Herrn K., in welcher dieser durch seinen Rechtsvertreter im Wesentlichen vorbringt, dass er im Verfahren nachgewiesen habe, dass keinerlei gewerbliche Tätigkeit entfaltet werde und durch die Ausgabe von verschiedenen Produkten an die Vereinsmitglieder weder diesen, noch dem Verein irgendein Vorteil erwachse. Es stimme auch nicht, dass das äußere Erscheinungsbild dem eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes entsprechen würde. Unübersehbar werde im Eingangsbereich darauf verwiesen, dass es sich bei den gegebenen Räumlichkeiten um Vereinslokal handle, zu dem nur Vereinsmitglieder Zugang hätten. Es sei keines der Kriterien, welche für Gewerbsmäßigkeit vorausgesetzt sind, erfüllt. Es werde der Antrag auf Bescheidbehebung und Verfahrenseinstellung gestellt.

Beweis aufgenommen wurde in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung am 09.06.2008 durch die Einvernahme des Berufungswerbers sowie des Zeugen Dr. C. M. und durch die Verlesung der Akten der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck und des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol.

Dabei gab der Beschuldigte Folgendes an:

?Es ist richtig, ich war in der Zeit vom 01.02.2006 bis 31.01.2008 Obmann und damit zur Vertretung nach außen berufenes Organ des Vereines ?XY, Türkischer Freizeit und Sportverein? in W., XY-Gasse 9. Ich bin noch immer Obmann dieses Vereines. Der Vereinszweck besteht in Aktivitäten in Bezug auf Sport und Freizeit, welche nicht auf Gewinn gerichtet sind. Wenn ich gefragt werde, wie man Mitglied dieses Vereines werden kann, so gebe ich dazu an, dass man sich in die Mitgliederliste eintragen lassen kann, wenn man dort in der Umgebung wohnt. Der Erwerb der Mitgliedschaft erfolgt so, dass im Lokal eine Liste aufliegt, in der man sich eintragen lassen kann und dann ist man Mitglied. Ein formelles Aufnahmeansuchen gibt es nicht. Man wird in die Liste eingetragen, am Wochenende sind meistens auch irgend welche Vorstandsmitglieder anwesend, die dann dazu befragt werden. Die Vorstandsmitglieder, die nicht anwesend sind, werden angerufen und gefragt, ob sie damit einverstanden sind. Wenn ich gefragt werde, wie der Erwerb der Mitgliedschaft in den Statuten geregelt ist, so gebe ich dazu an, dass ich glaube, dass es so geht wie ich es geschildert habe, ich habe das so im Kopf. Wenn mich der Verhandlungsleiter fragt, ob er auch Mitglied des Vereines werden könnte, so gebe ich dazu an, dass dies grundsätzlich möglich wäre, wenn er dort in der Umgebung wohne würde. Die Vereinsmitglieder haben das Recht, an allen Aktivitäten, die der Verein organisiert, teilzunehmen. Wir haben zB eine Reise ins Gardaland organisiert oder ein Fußballturnier, Konzerte haben wir veranstaltet; es gibt sehr viele angemeldete Veranstaltungen, die wir organisiert haben. Bei solchen Veranstaltungen dürfen auch Nichtmitglieder teilnehmen. An den Reisen haben nur die Mitglieder teilgenommen. Die Mitglieder müssen einen Mitgliedsbeitrag bezahlen, dieser beträgt nunmehr Euro 12,00 pro Jahr und außerdem müssen sie auch gemäß einer Liste Turnusdienste (Reinigung etc) übernehmen. Der Verein hat momentan 102 Mitglieder. Wenn der Verhandlungsleiter die Frage stellt, dass auf Grund der Mitgliedsbeiträge die Kosten des Vereines wohl kaum bestritten werden können, so gebe ich dazu an, dass die Unkosten aus dem Verkauf von Getränken und Toasts gedeckt werden. Wenn ein Nichtmitglied ins Lokal hineinkommt und etwas essen oder trinken möchte, dann weisen wir ihn darauf hin, dass nur Mitglieder bedient werden. Wenn mir der Inhalt aus der Anzeige vom 13.12.2006 vorgehalten wird, dass anlässlich der Kontrolle am 12.12.2006 das Nichtmitglied I. K. im Lokal anwesend gewesen wäre, so gebe ich dazu an, dass die gesamte Familie K. Vereinsmitglieder sind. Es ist allerdings richtig, dass I. K. am 12.12.2006 noch nicht Mitglied war. Herr K. hatte im Untergeschoss einen Proberaum angemietet und war während der Kontrolle gerade heraufgekommen, um etwas zu fragen.

Die Öffnungszeiten waren 11.00 Uhr bis 24.00 Uhr täglich, wobei meistens früher geschlossen wurde. Die für den Verein im Groß- und Einzelhandel eingekauften Lebensmittel wurden auf meinen Namen eingekauft, nachdem ich der

Obmann des Vereines bin. Die wirtschaftlichen Entscheidungen, die von mir ausgeführt wurden, hat grundsätzlich der Vorstand getroffen. Der Vorstand seinerseits war in seinen Entscheidungen frei und unabhängig. Es ist richtig, dass in diesen Räumlichkeiten vor der Anmietung durch den Verein ein Gastgewerbebetrieb etabliert war. Die Einrichtung ist von diesem Gastgewerbebetrieb übernommen worden. Wir haben teilweise schon umgebaut, zB wurde eine Zapfstelle entfernt. Im Zeitraum 10.02.2006 bis 31.12.2007 wurden die in der Begründung des angeführten Straferkenntnisses angeführten Lebensmittel zu den dort angeführten Preisen verabreicht. Der Aufschlag gegenüber den Einkaufspreisen wurde zur Finanzierung des Vereines und dessen Aktivitäten verwendet. Dabei darf auch die Miete nicht vergessen werden.

Wenn ich gefragt werde, warum die Aufforderung des Behördenorgans vom 12.12.2006 zur Einstellung der unbefugten Gewerbeausübung ignoriert worden wäre, so gebe ich dazu an, dass wir den Betrieb schon eingestellt haben und dann zum Rechtsanwalt gegangen sind. Der Betrieb wurde ungefähr für eine Woche eingestellt; nachdem unser Rechtsanwalt mit der Bezirkshauptmannschaft gesprochen hatte, hieß es, dass wir den Betrieb fortführen dürfen. Wenn mir das Lichtbild aus dem Akt gezeigt wird, welches die Theke von hinten zeigt, so gebe ich dazu an, dass sich dort folgende Geräte befinden: auf dem Foto sehe ich einen Kühltsch mit 4 Einschubfächern bzw eine Spülmaschine es ist auch eine Kaffeemaschine vorhanden unter der Kaffeemaschine, bei der geöffneten Tür, ist ein Mülleimer zu sehen.

Wenn ich gefragt werde, ob die Einnahmen aus dem Getränke- und Speisenverkauf die Kosten für den Wareneinkauf und die Miete und Betriebskosten für das Lokal abzudecken im Stande waren, oder ob darüber hinaus noch ein Ertrag übrig geblieben ist, dann gebe ich dazu an, dass der Geschäftsverlauf und die Einnahmen unterschiedlich gewesen sind, und wenn aus dem Verkauf etwas übrig geblieben ist, dann ist dieses für die Vereinsaktivitäten verwendet worden. Der Verein beteiligt sich auch am Vereinsleben in W., so haben wir am Marktfest teilgenommen und beim Fußball- und Volleyballturnier teilgenommen.

Nachdem unser Verein nach der Kontrolle am 12.12.2006 für ca eine Woche geschlossen war, hatten wir einen Termin auf der Bezirkshauptmannschaft bei dem Beamten, der den Betrieb kontrollierte. Das war glaublich im 3. Stock der Bezirkshauptmannschaft; als wir bei diesem Herrn vorgesprochen haben, hat unser Anwalt mit diesem telefoniert. Später hatten wir einen Termin bei unserem Anwalt; bei diesem Termin hat er uns gesagt, dass wir das Lokal so lange geöffnet lassen können, solange wir nur Mitglieder in das Lokal hinein lassen.?

Der Zeuge Dr. C. M. gab Folgendes zu Protokoll:

?Ich habe für gegenständlichen Verein den Mietvertrag für die Räumlichkeiten in der XY-Gasse 9 in W. erstellt. Dann habe ich einige Zeit nichts mehr gehört. Auf Grund der Kontrolle durch die Bezirkshauptmannschaft Innsbruck am 12.12.2006 haben drei Herrn vom Verein bei mir in der Kanzlei vorgesprochen. Ich wurde mit dieser Anzeige vom 13.12.2006 konfrontiert. Ich wurde gefragt, wie nun mit dem Betrieb des Lokals weiter vorgegangen werden könne, ob diese Anzeige gerechtfertigt wäre oder nicht. Augenblicklich konnte ich das auch nicht sagen, da ich mich zuerst in die Materie vertiefen musste. Es gab dann einen weiteren klärenden Kontakt, wo ich erklärte, dass es im Wesentlichen darauf ankomme, ob sie tatsächlich als Verein arbeiten oder ob dies ein eigentliches Gastlokal ist, welches als Verein getarnt ist. Ich wollte von den Mitgliedern wissen, ob sie Vereinsaktivitäten betreiben, was sie für Ausgaben und Einnahmen haben, welche Preise die Mitglieder für die Konsumationen bezahlen müssen und sie sollen mir dies schriftlich zusammen stellen. Ich kann mich nicht erinnern, es aber auch nicht ausschließen, dass ich in diesem Zusammenhang einmal mit Herrn A. von der Bezirkshauptmannschaft oder eventuell auch mit Herrn P. telefoniert habe. Irgendwie ist mir noch in Erinnerung, dass über das Problem Verein/Gastlokal einmal informativ mit jemandem von der Erstbehörde gesprochen wurde. Aktenvermerk habe ich darüber keinen erstellt. Ich habe mir dann sämtliche Unterlagen angesehen und die Angelegenheit so beurteilt, dass wenn tatsächlich Vereinsaktivitäten vorhanden sind und die Einnahmen aus dem Lebensmittelverkauf die Kosten mit dem Lokalbetrieb nicht übersteigen und die

Mitglieder auch nicht sonst irgendwelche Vorteile zugewendet bekommen, auch nicht günstigere Preise, sie dann in einem Verein auch ohne Gewerbeberechtigung Getränke und Toasts ausgeben dürfen. Die von mir angeforderten Unterlagen habe ich dann der Behörde vorgelegt.

Der Vermieter des Bestandobjektes, in dem sich die Vereinsräumlichkeiten befinden, bin ich.?

Die Berufungsbehörde hat hiezu wie folgt erwogen:

Unbestritten ist, dass der Berufungswerber im angelasteten Tatzeitraum Obmann und damit zur Vertretung nach außen berufenes Organ des Vereines "XY, Türkischer Freizeit- und Sportverein" in W., XY-Gasse 9, war. Der Vereinszweck besteht in Aktivitäten in Bezug auf Sport und Freizeit, welche nicht auf Gewinn gerichtet sind. In den vom Verein gemieteten Räumlichkeiten befand sich davor ein genehmigter Gastgewerbebetrieb; das Inventar wurde von diesem übernommen, wobei es nur zu geringfügigen Änderungen (zB Entfernung einer Zapfstelle) gekommen ist.

Im Tatzeitraum war das Vereinslokal ausgestattet mit Theke, Schank, Barhocker, Gläserstange, Kaffeemaschine, Tischen, Stühlen, Fernseher, Getränkelager, Abwasch, genau so, wie in einem Gastgewobelokal. Für Getränke wurden folgende Preise verlangt:

Bier Euro 1,80

Limonade (Flasche) Euro 1,50

Kaffee (Tasse) Euro 1,50

Tee (Tasse) Euro 1,20

Toast Euro 2,50

Köfte Euro 3,00

Raki (2 cl) Euro 2,50

Whisky (2 cl) Euro 2,50

Das Lokal war täglich geöffnet von 11.00 Uhr bis 24.00 Uhr. Die Differenz zwischen den Ein- und Verkaufspreisen bei den Getränken und Toasts wurde zur Bezahlung von Miete und Betriebskosten sowie für Vereinszwecke verwendet.

Die Vereinsmitglieder (zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 102) haben einen jährlichen Mitgliedsbeitrag von Euro 12,00 zu bezahlen und gemäß einer Liste Turnusdienste wie Reinigung zu übernehmen.

Die für den Verein im Groß- und Einzelhandel eingekauften Lebensmittel wurden auf den Namen des Obmanns E. K. eingekauft.

Gemäß § 1 Abs 6 GewO 1994 liegt bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 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.

Gegenständlicher Verein übt täglich eine Tätigkeit aus, die dem Gastgewerbe im Sinne des § 111 Abs 1 Z 2 GewO entspricht.

Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes ist dann gegeben, wenn der Verein seinen Mitgliedern, wenn auch zur Förderung eines ideellen Zweckes, Leistungen anbietet und erbringt oder Waren an die Mitglieder vertreibt und dies in einer Art und Weise vor sich geht, die vergleichbar ist mit dem Auftreten und der Gestion eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Hierbei kommt es nicht so sehr darauf an, ob der Verein eine kaufmännische Einrichtung bestimmten Umfanges besitzt, sondern darauf, wie sich der Verein hinsichtlich der üblicherweise von Gewerbebetrieben ausgeübten Tätigkeiten dem Publikum gegenüber präsentiert.

Aus den im Akt befindlichen Lichtbildern ergibt sich einem unbefangenen Betrachter das Bild eines üblichen gewerblichen Barbetriebes.

Für das Bestehen eines ?Erscheinungsbildes? ist nicht das Vorliegen sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen eines einschlägigen Gewerbebetriebes erforderlich. Das Erscheinungsbild eines Gastgewerbebetriebes liegt bei gegenständlichem Verein vor, zumal die verlangten Getränkepreise sich auch innerhalb des für das Gastgewerbe üblichen Rahmens bewegen.

Bei Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit ist entscheidend, ob die Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt werden, in der Absicht betrieben wird, einen den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen, etwa zur vollständigen Abdeckung des Pachtzinses und der allfälligen Betriebskosten des Vereinslokals (Verwaltungsgerichtshof 23.10.1995, ZI 93/04/0110). Übt ein Verein Tätigkeiten aus, die verschiedenen Bereichen zuzuordnen sind (zB Bewirtung der Vereinsmitglieder und Aufstellung von Spielapparaten), so darf bei Beurteilung des Merkmales der Gewinnerzielungsabsicht nicht die Gesamtgebarung des Vereines, sondern nur der jeweilige Teilbereich (hier: Bewirtung) herangezogen werden (vgl VwGH 06.02.1990, 89/04/0186; 23.10.1995, ZI 93/04/0110). Die von den Gästen verlangten Getränkepreise lagen dabei teilweise um ein Mehrfaches über den üblichen Einkaufspreisen im Groß- und Einzelhandel. Der Berufungswerber weist ausdrücklich darauf hin, dass in die Kalkulation der Getränkepreise auch der Mietzins und die Betriebskosten einbezogen wurden. Damit ist die Ertragserzielungsabsicht evident, weshalb Gewerbsmäßigkeit vorliegt. Auch wurde vom Berufungswerber angegeben, dass mit den Gewinnen aus den Getränke- und Speiseverkäufen, die die Einkaufskosten der Lebensmittel bzw die Lokalkosten übersteigen, Vereinsaktivitäten finanziert werden, womit den Vereinsmitgliedern vermögensrechtliche Vorteile aus diesen Gewinnen zukommen.

Dies rundet das Bild von einem Gastgewerbebetrieb ab und bestätigt die Annahme der Erstbehörde, dass die Vereinstätigkeit nur vorgeschoben wird, um dem Regelungsregime der Gewerbeordnung zu entgehen. Dies auch dann, wenn der Vereinszweck laut Satzung nicht auf Gewinn gerichtet ist; maßgeblich sind die tatsächlichen Verhältnisse und nicht die Ausführungen in der Satzung.

Der Vorstand des Vereines trifft seine wirtschaftlichen Entscheidungen frei und unabhängig, ohne an die Vorgaben Dritter gebunden zu sein. Der Verein hat die in seinen Räumlichkeiten ausgeschenkten Getränke und Speisen eingekauft und trägt die Kosten des Vereinslokales. Der unternehmerische Erfolg oder Misserfolg lag somit bei ihm. Durch die täglichen Öffnungszeiten von 11.00 Uhr bis 24.00 Uhr war der Betrieb des Lokales durch eine zeitlich stets gleiche Wiederkehr und gleichmäßige Aufeinanderfolge gekennzeichnet. Der Lokalbetrieb fand daher regelmäßig statt. Dadurch, dass für die Getränke bzw die Speisen gastronomieübliche Preise verlangt wurden, ist diese Tätigkeit in der Absicht ausgeübt worden, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Damit liegt Gewerbsmäßigkeit im Sinn des § 1 Abs 2 GewO 1994 vor.

Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes ist abhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten; hier sind vorhanden Theke, Schank, Barhocker, Gläserstallage, Kaffeemaschine, Tische, Stühle, Fernseher,

Getränkelager, Abwasch, genauso wie in einem Gastgewerbelokal. Auch wenn im Eingangsbereich der Hinweis vorhanden ist ?Zutritt nur Vereinsmitglieder?, so ändert diese bloße Aufschrift nichts am tatsächlichen Erscheinungsbild im Inneren des Lokales.

Dem Berufungswerber ist eine Widerlegung der im § 1 Abs 6 letzter Satz GewO aufgestellten Vermutung nicht gelungen. Es besteht daher kein Zweifel, dass für gegenständlichen Betrieb eine Gewerbeberechtigung erforderlich ist. Der Beschuldigte hat daher die ihm angelastete Verwaltungsübertretung begangen.

Der Unrechtsgehalt dieser Übertretung ist erheblich, weil auf diese Art ein Gewerbebetrieb geführt wurde, ohne dass die Behörde das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in berufsrechtlicher und betriebsanlagenrechtlicher Hinsicht prüfen konnte. Die Führung eines Gastgewerbebetriebes als Verein würde eine grobe Ungleichbehandlung gegenüber den Wirten darstellen, die die gewerberechtlichen Voraussetzungen erfüllt haben.

Der Berufungswerber bezieht als Maler ein monatliches Nettoeinkommen von ca Euro 1.300,00, ist für zwei Kinder sorgepflichtig und hat aus einem Wohnungskauf monatliche Kreditrückzahlungen in der Höhe von Euro 600,00 zu leisten. Aufgrund dieser finanziellen Verhältnisse und des Umstandes, dass der Bestrafte bisher unbescholten war, hat die Berufsbehörde die Strafhöhe spruchgemäß herabgesetzt.

#### **Schlagworte**

Das, Erscheinungsbild, eines, einschlägigen, Gastbetriebes, ist, abhängig, von, den, tatsächlichen, Gegebenheiten; hier, sind, vorhanden, Theke, Schank, Barhocker, Gläserstellage, Kaffeemaschine, Stühle, Fernseher, Getränkelager, Abwasch, genauso, wie, in, einem, Gastgewerbelokal. Auch, wenn, im, Eingangsbereich, der, Hinweis, vorhanden, ist, Zutritt, nur, Vereinsmitglieder, so, ändert, diese, bloße, Aufschrift, nichts, am, tatsächlichen, Erscheinungsbild, im, Inneren, des, Lokales

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.11.2008

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)