

# TE UVS Tirol 2001/03/13 2000/17/041-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.03.2001

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Felizitas Schiessendoppler-Luchner über die Berufung des Herrn H., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. O., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 14.12.1999 zur Zahl III-12.055/1a-98 wie folgt:

Gemäß § 66 Abs4 AVG iVm § 24 VStG wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Gemäß § 64 Abs1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von 20 Prozent der verhängten Strafe, somit zu Punkt 1. und 2. jeweils S 600,--, insgesamt S 1.200,-- (EUR 87,21), zu bezahlen.

## Text

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kufstein zur Zahl III-12.055/1a-98 vom 14.12.1999 wurde dem Beschuldigten spruchgemäß nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

?Der Beschuldigte, Herr R., hat es als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ (Obmann) des Freizeitclub D., zu verantworten, dass der genannte Verein zumindest in der Zeit vom 16.11.1998 (konstituierende Generalversammlung) bis zum 15.11.1999 im Objekt in E.

1. alkoholische und nichtalkoholische Getränke ausgeschenkt und Imbisse an Gäste verabreicht hat, und dadurch das Gastgewerbe gemäß § 142 Abs1 Z2-4 GewO 1994, Z2 beschränkt auf Imbisse, in der Betriebsart ?Bar? ausgeübt hat;
2. eine Sauna in Betrieb hatte.?

Dem Beschuldigten wurde eine Verwaltungsübertretung zu 1. nach § 366 Abs1 Z1 GewO 1994 iVm § 142 GewO 1994 und zu Punkt 2. § 366 Abs1 Z1 GewO 1994 iVm § 5 Abs3 GewO 1994 zur Last gelegt und wurde ihm gemäß § 366 Abs1 1. Satz GewO eine Geldstrafe zu Punkt 1. in der Höhe von S 3.000,-- und zu Punkt 2. ebenfalls S 3.000,-- sowie zu beiden Punkten im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von jeweils 24 Stunden sowie ein Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Strafverfahrens auferlegt.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschuldigte durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter fristgerecht Berufung erhoben und in dieser im Wesentlichen zusammengefaßt ausgeführt, dass der Verein in dieser Lokalität weder einen Gastbetrieb, noch eine gewerbliche Sauna betreibe und dort auch keine Gäste beherberge. Der Verein werde ausschließlich von Vereinsmitgliedern besucht, wobei am Samstag Speisen ausgegeben werden. Unter der Woche sollen die Vereinsmitglieder eigene Depots mit Getränken haben. Es sei zutreffend, dass der Verein zu Beginn für den Konsum der Getränke und Imbisse, die Benutzung des Vereinslokals, des Ruheraumes, der Sauna und der 4 Aufenthaltsräume einen Unkostenbeitrag von ATS 650,- pro Person eingehoben habe. Derzeit werde jedoch ein Tagesmitgliedsbeitrag entrichtet, der die Konsumation von Getränken aber nicht beinhalte. Die Sauna werde lediglich privat genutzt. Die Situation wie sie sich anlässlich des Lokalausweises am 25.03.1998 dargestellt habe, sei nicht mehr gegeben. Auch sei der Schluß der Erstbehörde in Folge von Zeitungsannoncen, dass der Berufungswerber einen Gewerbebetrieb in der Betriebsart ?Bar? und gewerblicher Sauna unter der gegenständlichen Adresse führe nicht richtig.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Verwaltungsstrafakt sowie durch Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung, zu der der Beschuldigte erschienen ist.

Der Berufung kommt aus nachstehenden Gründen keine Berechtigung zu:

Mit Schreiben vom 04.03.1998 zeigte Z., die Ehegattin des Beschuldigten, die beabsichtigte Bildung des Vereins ?F.? mit dem Sitz in E., unter Vorlage der Statuten an und ersuchte um Nichtuntersagung der Bildung.

Mit Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Tirol vom 06.04.1998 wurde diese angezeigte Bildung des gegenständlichen Vereins nach dem Inhalt der vorgelegten Statuten gemäß § 7 des Vereinsgesetzes 1951, BGBl Nr 233 in der derzeit geltenden Fassung, nicht untersagt. In diesem Bescheid wird unter anderem weiters ausgesprochen, dass sich der Verein gemäß § 7 Abs2 des Vereinsgesetzes 1951 innerhalb eines Jahres zu konstituieren hat, ansonsten er von der Vereinsbehörde gelöscht werden muss.

Die konstituierende Generalversammlung des behördlich nicht untersagten Vereins ?F.?, fand am 16.11.1998 statt. In dieser wurde H. als Obmann gewählt. Weiters wurde in dieser Generalversammlung festgelegt, dass die Vertretung des Vereins nach außen dem Obmann H. obliegt. Gemäß § 13 der Statuten des gegenständlichen Vereins ist der Obmann der höchste Vereinsfunktionär. Ihm obliegt die Vertretung des Vereins, insbesondere nach außen, gegenüber Behörden und dritten Personen. Er führt den Vorsitz in der Generalversammlung und im Vorstand. Bei Gefahr in Verzug ist er berechtigt, auch in Angelegenheiten, die in den Wirkungsbereich der Generalversammlung oder des Vorstandes fallen, unter eigener Verantwortung selbstständig Anordnungen zu treffen. Diese bedürfen jedoch der nachträglichen Genehmigung durch das zuständige Vereinsorgan.

§ 2 der Statuten des obgenannten Vereines legt Sinn und Zweck des Vereines fest. Die Tätigkeit des Vereines ist demnach nicht auf Gewinn gerichtet. Zweck des Vereines ist es

1. die Pflege von geselligen Zusammenkünften im Vereinslokal durch Abhaltung von Veranstaltungen, Vorträgen, Partys und Modeschauen;
2. die Pflege persönlicher Kontakte der Vereinsmitglieder im Vereinslokal, wobei ausdrücklich festgehalten wird, dass allfällige oder mögliche sexuelle Kontakte unter den Vereinsmitgliedern unentgeltlich zu sein haben. Zutritt zum Vereinslokal haben nur Vereinsmitglieder gemäß § 4 der Statuten;
3. die gemeinsame Benutzung des Vereinslokals, der Sauna und der Freizeiteinrichtungen;

4. die gemeinsame Fortbildung der Vereinsmitglieder durch Abhaltung von Vorträgen und Veranstaltungen zur Erreichung des Vereinszweckes. Die Ausübung der Vereinstätigkeit darf nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen und sind die gesetzlichen Bestimmungen genauestens einzuhalten.

§ 3 der Statuten hält zur Aufbringung der finanziellen Mittel fest, dass sowohl

a)

Mitgliedsbeiträge

b)

Erträge aus verschiedenen Veranstaltungen, Kursen und Lehrgängen

c)

eingehobene Gebühren

d)

Unterstützungen, Spenden, Geschenke und Vermächnisse

e)

Subventionen und Sponsorbeiträge

f)

Benutzungsentgelt für die Vereinseinrichtungen

aufgebracht werden.

Der Berufungswerber gab anlässlich seiner Vernehmung vor der Bezirkshauptmannschaft Kufstein am 07.12.1999 sinngemäß zu, seit November 1998 Obmann des obgenannten Vereins zu sein. Ergänzend gab er an, dass jedes Vereinsmitglied eine Clubkarte erhalte. Es gebe anonyme Clubkarten zu einem jährlichen Preis von S 360,-- (für Single) und nicht anonyme Clubkarten zu einem jährlichen Preis von S 300,-- (für Single). Für Pärchen sei ein jährlicher Preis von S 360,-- für die anonyme Clubkarte zu entrichten. Für Pärchen mit nicht anonymer Clubkarte seien pro Karte S 300,-- zu bezahlen. Für jeden Besuch sei ein Unkostenbeitrag zu bezahlen. Für Singleherren S 1.100,-- von Dienstag bis Donnerstag und am Freitag S 1.300,--. Pärchen hätten am Dienstag und Donnerstag keinen Unkostenbeitrag zu bezahlen, Pärchen würden am Freitag S 450,-- bezahlen. Am Samstag sei nur Pärchentag und koste dies pro Pärchen S 850,--. Mit der Entrichtung des Unkostenbeitrages seien alle Kosten, wie Saunabenützung, Essen und Getränke, sowie die Benützung aller Räumlichkeiten inbegriffen. Das Vereinslokal sei von Dienstag bis Samstag von 20.00 Uhr bis 03.00 Uhr geöffnet.

Gemäß § 1 Abs1 GewO gilt dieses Bundesgesetz, soweit nicht die §§ 2 und 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßigen und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Dabei bestimmt § 1 Abs2 GewO, dass eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt wird, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck 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 fallende Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

§ 1 Abs 6 GewO bestimmt, dass wenn 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 ausübt, vermutet wird, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Aufgrund der Angaben des Berufungswerbers in seiner Einvernahme vor der Erstbehörde am 07.12.1999 und aufgrund nachstehender Ausführungen geht die Berufungsbehörde davon aus, dass der Verein ?F.? in E. mehrmals wöchentlich eine gewerbsmäßig Tätigkeit ausübt.

In seiner Einvernahme anlässlich der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.12.2000 hat der Berufungswerber angegeben, dass er bisher keinen Gewinn gemacht habe. Im Monat werde ein Umsatz zwischen S 120.000,-- bis S 150.000,-- erwirtschaftet.

Für das Haus, in welchem der Verein untergebracht ist, müsse er S 26.000,-- pro Monat zurückbezahlen. Er gehe daher davon aus, dass ?der Verein dieses Haus abbezahle?. Das Haus sei 1997 in Form eines gemischten Vertrages, nämlich einer Miete und eines Kaufvertrages, erworben worden. Das Haus habe einen Schätzwert von ca 5 Millionen Schilling. Er müsse ca 4 Millionen Schilling bezahlen. Außerdem sei schon ca 1 Millionen Schilling investiert worden.

Da der Beschuldigte aufgrund des Verdienstes, den er durch das Betreiben des Freizeitclubs erzielte, immerhin ein Haus erworben hat und dieses nun mit Gewinnen aus dem Verein in der Höhe von monatlich S 26.000,-- zurückzahlt, steht für die Berufungsbehörde fest, dass eine Absicht dieses Vereines war und ist, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil (zB den Erwerb eines Hauses) zu erzielen.

Das Haus ist zwar nötig, um die Erreichung des Vereinszweckes abzusichern. Der Berufungswerber hat jedoch keine Zweifel offen lassen, dass das Haus von ihm persönlich erworben wurde und dies nicht in seiner Funktion als Obmann des Vereines geschehen war.

Zudem kommt hinzu, dass die ausgeübte Bewirtung durch den Verein darauf angelegt ist, die daraus gezogenen Einnahmen nicht nur zur Deckung der damit im Zusammenhang stehenden Unkosten, sondern auch zumindest zur teilweisen Rückzahlung der Schulden betreffend den Erwerb des Hauses zu verwenden. Es ist daher die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des § 1 Abs 2 GewO (gewerbsmäßige Tätigkeit) unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder im Sinne des § 1 Abs 5 und 6 GewO zu bejahen.

Da es dem Beschuldigten somit nicht gelungen ist, glaubhaft darzustellen, dass durch die Bewirtung der Gäste mit Getränken und Imbissen sowie durch das Betreiben einer Sauna der Verein F. keinen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil erzielt habe und wird daher von der Gewinnabsicht und von der gewerbsmäßigen Tätigkeit des Vereines ausgegangen.

Ergänzend sei zudem darauf verwiesen, dass der Beschuldigte im Rahmen des durchgeführten Lokalausweises vom 25.03.1998 angegeben hat, dass an die Besucher und Mitglieder alkoholische Getränke und nichtalkoholische Heiß- und Kaltgetränke ausgeschenkt werden würden. Auch würden nach eigenen Angaben des Berufungswerbers am Samstag Imbisse ausgegeben. Sogar betriebe der ?F.? in E., eine Sauna sowie ein Gastgewerbe im Sinne des § 142 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO, wobei sich Z 2 dieser Bestimmung auf Imbisse beschränkt. Das Gastgewerbe wird in der Betriebsart ? Bar?, mit wie bereits angeführt dem Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränke und der Verabreichung von Imbissen, in der Betriebszeit von Di bis Sa von 20.00 Uhr bis 03.00 Uhr, ohne dafür die erforderliche Gewerbeberechtigung zu besitzen, ausgeübt.

Der Berufungswerber hat somit Punkt 1. und 2. des Straferkenntnisses sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht tatbestandsmäßig gehandelt und hat die ihm zur Last gelegten Übertretungen zu verantworten. Zu Punkt 2. des Straferkenntnisses sei ergänzend festgehalten, dass es sich bei dem Betrieb einer Saunaaanlage um ein freies Gewerbe nach § 5 Abs3 GewO handelt. Für dieses Gewerbe ist zwar kein Befähigungsnachweis zu erbringen, es müssen jedoch die allgemeinen Gewerbevoraussetzungen vorliegen. Da der Beschuldigte nicht nachgewiesen hat, dass die Saunaaanlage genehmigt bzw angemeldet war und auch der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 14.12.1999 zu III- 12.055/1-98 betreffend eine Verwaltungsübertretung nach §366 Abs1 Z2 GewO iVm §§ 74 und 77 GewO in Rechtskraft erwachsen ist, hat der Berufungswerber auch die Übertretung zu Punkt 2. des Straferkenntnisses zu verantworten, zumal er ja auch - wie oben angeführt - zugestanden hat, dass die Mitglieder des F. auch einen Unkostenbeitrag für die Sauna zu entrichten gehabt hätten.

Nach § 19 Abs1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Nach § 19 Abs2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Als Verschuldensform wird Fahrlässigkeit angenommen.

§ 366 GewO sieht Geldstrafen bis zu S 50.000,-- vor. Da die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe in der Höhe von jeweils S 3.000,-- durchaus seiner fahrlässigen Begehungsweise entspricht und sie sich im untersten Bereich des vorgesehenen Strafrahmens bewegt, fand sich kein Grund, um von diesen Geldstrafen, noch dazu bei einem monatlichen Einkommen von ca S 40.000,--, abzugehen.

Die Voraussetzungen des § 20 VStG liegen bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des zur Last gelegten Verhaltens nicht vor.

Für eine Anwendung des § 21 Abs1 VStG fand sich kein Raum, zumal nicht davon gesprochen werden kann, dass das Verschulden des Beschuldigten geringfügig im Sinne dieser Gesetzesbestimmung gewesen wäre und die Folgen der Übertretung unbedeutend.

#### **Schlagworte**

Verein, Bar, wirtschaftlicher, Vorteil

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