

TE UVS Tirol 1996/03/28 17/51-1/1996

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.03.1996

Spruch

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Gemäß §64 Abs2 VStG hat der Berufungswerber als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens 20 % von der verhängten Geldstrafe, das sind S 600--, zu bezahlen.

Text

Begründung

Mit dem im Spruch näher bezeichneten Straferkenntnis wurde Herr M V in seiner Eigenschaft als Obmann und somit als gemäß §9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ des "K vereins " für schuldig befunden, eine Verwaltungsübertretung nach §366 Abs1 Z1 iVm §124 Z9 GewO 1994, BGBINr194/94, begangen zu haben. Es wurde ihm folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

"Durch den Verein 'K verein " wurde im Standort I in der Zeit vom 13.3.1994 bis 27.11.1995 das Gastgewerbe gemäß §14 Z9 im Umfang des §142 Abs1 Z3 bis 4 GewO 1994 auf Rechnung und Gefahr des vorangeführten Vereines gewerbsmäßig ausgeübt, indem an die do. Mitglieder bzw. Nichtmitglieder der Ausschank von alkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen (Flaschenbier zu S 20,--) sowie der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen (Cola, Fanta, Sprite 0,33 l zu S 16,--, Kaffee zu S 14,-- und Tee zu S 10,--) durchgeführt wurde, ohne daß der genannte Verein über eine hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung verfügte. "Gemäß §366 Abs1 (Einleitungssatz) GewO 1994 wurde über den Beschuldigten eine Geldstrafe in der Höhe von S 3.000,-- verhängt.

Die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe wurde mit 3 Tagen bemessen.

Dagegen wurde fristgerecht Berufung erhoben. Der Berufungswerber bekämpft den Bescheid sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. Er wendet folgendes ein:

Der bei der Sicherheitsdirektion ordnungsgemäß angemeldete Verein "K verein " besteht bereits seit über 20 Jahren und besitzt ebenso lange ein Vereinslokal in I. Der Verein ist sehr aktiv. Der Mitgliederbestand beträgt derzeit ca. 80 Mitglieder. Die Vereinstätigkeiten erstrecken sich entsprechend den Vereinsstatuten im wesentlichen auf Sport- und

Kulturveranstaltungen. So werden neben Kegeln, Tischtennis und Schachspiel auch Folkloreveranstaltungen abgehalten. Daneben übernahm der Verein in den letzten Jahren für den serbischösterreichischen Verein "Humanitas" für den Bereich der Landeshauptstadt Innsbruck auch die Sammelstelle für humanitäre Hilfe in Bosnien.

In dem angefochtenen Bescheid wird dem Verein zur Last gelegt, ein Gastgewerbe nach §142 Abs1 Z3 und 4 GewO ausgeübt zu haben, ohne über die entsprechende Gewerbeberechtigung zu verfügen. Gestützt auf die Bestimmung des §1 Abs 1, 2, 5 und 6 wird dem Verein unter Bejahung der Gewerbsmäßigkeit seiner Tätigkeit dabei insbesondere auch eine Gewinnerzielungsabsicht unterstellt.

Für die Bejahung einer Gewinnerzielungsabsicht liegen im Anlaßfall jedoch weder die Voraussetzungen nach §1 Abs1 und 2 noch nach §1 Abs5 und 6 GewO vor.

In §1 Abs5 GewO wird die Gewinnerzielungsabsicht als die Absicht definiert, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Dieses - auf die subjektive Tatseite - abstellende Tatbestandsmerkmal ist beim Betrieb des gegenständlichen Vereinslokales keinesfalls erfüllt. Es war und ist nie die Absicht gewesen, aus dem Betrieb des Lokales einen Ertrag oder Gewinn zu erwirtschaften.

Der Ausschank von Getränken findet ausschließlich im Rahmen des Vereinsbetriebes statt. Der Verkauf der Getränke erfolgt keineswegs gewinnorientiert. Die Getränke werden im heimischen Handel zu den üblichen Preisen eingekauft. Die nur geringfügigen Aufschläge auf den Einkaufspreis werden ausschließlich zur Finanzierung der unmittelbar aus dem Betrieb des Vereinslokales entstehenden Aufwendungen (Mieten- und Betriebskostenanteile, Strom- und Telefonkosten) verwendet. So belaufen sich etwa allein die monatlichen Miet- und Betriebskosten auf S 7.000,--. Die durchschnittliche Stromrechnung beträgt S 1.300,--. Hinzu kommen noch monatliche Aufwendungen in Höhe von S 1.000,-- an Versicherungskosten, ca. S 500,-- für Putzmittel und S 1.200,-- für TV-Radio-Gebühren.

Die durch den Ausschank der Getränke eingenommenen Beträge können die monatlichen Gesamtaufwendungen von S 11.000,-- nur teilweise abdecken, sodaß der Verein zusätzlich auf Förderungen angewiesen ist bzw. gezwungen ist, die Mitgliedsbeiträge (S 240,-- p.a.) zur Abdeckung der Unkosten zu verwenden.

Die Erstbehörde hat es hinsichtlich der Finanzsituation des Vereines unterlassen, konkrete Erhebungen hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Betrieb des Vereinslokales getätigten Aufwendungen anzustellen bzw. eine Gegenüberstellung von Einnahmen und Ausgaben vorzunehmen. Nur so wäre es möglich gewesen, objektiv festzustellen, ob überhaupt ein Gewinn oder Ertrag erwirtschaftet wird. Dies ist jedoch - trotz der entscheidungswesentlichen Bedeutung dieser Frage - nicht geschehen. Die Behauptung in der Bescheidbegründung, der aus dem Verkauf erzielte Überschuß werde für andere Vereinstätigkeiten wie Schach, Fußball usw. herangezogen, ist sachlich unrichtig. Diesbezüglich wird nochmals darauf hingewiesen, daß die Einnahmen lediglich für die unmittelbar mit dem Lokalbetrieb in Zusammenhang stehenden Aufwendungen herangezogen werden und diese im übrigen auch nur zum Teil die Unkosten abdecken können.

Desweiteren ungeprüft blieb die Frage, ob die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist. Nur dann nämlich wäre auch die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des von der Erstbehörde für die Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht ebenso herangezogenen §1 Abs6 GewO gegeben gewesen. Dieser bestimmt, daß eine Ertragsabsicht "auch dann vorliege, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf die Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist." Nur bei Vorliegen dieser kumulativen Voraussetzungen ist nach §1 Abs5 eine Ertragsabsicht zu bejahen. Im Anlaßfall ist jedoch schon die 1. Voraussetzung nicht gegeben, da das Lokal nur mit Tischen und Stühlen und einer kleinen Theke mit

Abwasch ausgestattet und sehr einfach eingerichtet ist. Das Lokal wird seinem Zweck gemäß dabei vor allem auch als Sitzungszimmer verwendet. Schon aufgrund seiner Ausstattung weist das Lokal sohin keinesfalls ein mit einem Gastgewerbebetrieb vergleichbares Erscheinungsbild auf.

Auch was die Anwendung des §1 Abs5 GewO betrifft, blieb die Behörde jede nachvollziehbare Feststellung schuldig, daß der Ertrag oder sonstige wirtschaftl. Vorteil den Vereinsmitgliedern zufließe. Dies ist, wie oben bereits dargelegt, nicht der Fall und ist der Bescheid auch diesbezüglich mit Rechtswidrigkeit belastet bzw. blieb auch diesbezüglich das Ermittlungsverfahren mangelhaft.

Auch wenn die Behörde in der Frage der Gewerbemäßigkeit Recht behalten sollte, was jedoch unter Hinweis auf die obigen Ausführungen nochmals ausdrücklich bestritten wird, so wird diesbezüglich hinsichtlich der Höhe der Strafbemessung eingewendet, daß deren Höhe weder aus spezial- und generalpräventiven Gründen noch im Hinblick auf die Einkommenssituation des Vereines gerechtfertigt erscheint. Der Verein weist als ideeller Verein kein besonderes Einkommen auf. Die Einnahmen aus dem Vereinslokal gehen wie oben erwähnt zur Gänze im Vereinslokal auf. Dies gilt auch für einen Großteil der Förderungen sowie für einen Teil der Mitgliedsbeiträge, wobei diese Gelder ja in erster Linie für die Finanzierung der übrigen Aktivitäten des Vereins benötigt werden (Schach- und Kegelturniere, Materialkosten für bspw. Tischtennisbälle und -schläger, Verwaltungsaufwand). Daneben wurde auch von der Erstbehörde zutreffend festgestellt, daß sich der Verein bislang noch nie etwas zu Schulden kommen lassen habe und dieser bislang unbescholten wäre."

Der Berufung kommt keine Berechtigung zu. Der für die Entscheidungsfindung maßgebliche Sachverhalt wurde bereits von der Erstbehörde ausreichend abgeklärt. Der unabhängige Verwaltungssenat in Tirol stützt seine Entscheidung auf die Feststellung des Städtischen Erhebungsamtes vom 27.11.1995, die der Berufungswerber im wesentlichen unbestritten gelassen hat. Das Ergebnis der Erhebungen wurde im bezeichneten Bericht wie folgt zusammengefaßt:

"Zu gegenständlichem Ersuchen wird nach Überprüfung mitgeteilt, daß das Vereinslokal des "K verein" im Standort I einen Vorraum sowie Büro, ein Gastlokal mit ca. 60 m², einen angrenzenden Tischtennisraum mit ca. 30 m², und ein WC aufweist. Das Gastlokal ist mit einer Schankanlage mit integrierten Kühlfächern, einer Bartheke, und 10 Tischen mit entsprechender Bestuhlung sowie einem Dart-Gerät ausgestattet. Zusätzlich wird bei monatlichen, größeren Veranstaltungen ein angrenzender Raum angemietet. Alkoholfreie Getränke wie Cola, Fanta, Sprite (0,33 l) werden zum Preis von S 16--, Flaschenbier zu S 20--, Kaffee zu S 14-- und Tee zu S 10-- an die Konsumenten abgegeben. Die jeweils tätige Serviererin ist für deren Arbeitsaufwand mit 10 % am erwirtschafteten Umsatz beteiligt. Zum Vereinslokal haben auch Nichtmitglieder des Vereines Zutritt, für die die gleichen Getränkepreise Gültigkeit haben. Der Verein besteht seit ca. 20 Jahren und weist einen Mitgliederstand von ca. 80 Personen auf, die einen jährlichen Mitgliedsbeitrag von S 120-- zu entrichten haben. Wie der Obmann des gg Vereines, Herr M V, wh. in I, im Zuge der Anhaltung zur Aussage brachte, wird im Monat ein Getränkeumsatz von ca. S 20.000-- bis S 25.000-- getätigt. Der daraus verbleibende Gewinn wurde und wird an die verschiedenen Sektionen des Vereines sowie für Aufwendungen karitativer Zwecke im Kriegsgebiet des ehemaligen Jugoslawien zugeführt. Herr V ist seit ca. 10 Jahren als Vorarbeiter bei der Reinigungsfirma "R" in N beschäftigt. Laut dessen Aussage gehen auch alle weiteren Vorstandsmitglieder einer geregelten Arbeit nach und beziehen aus deren Vereinstätigkeit keinerlei Einnahmen. Das Lokal ist von Montag bis Donnerstag von 18 - 22 Uhr, am Freitag von 18 - 23 Uhr, am Samstag von 15 - 23 Uhr, und sonntags von 12 - 22 Uhr geöffnet. Eigentümer des gg. Vereinslokales ist der "Verein Höttinger Volkshaus", der durch Herrn K V nach außen hin vertreten wird. Die jährlichen Miet- und Betriebskosten betragen S 64.000--, wovon S 40.000-- durch den ÖGB subventioniert werden.

Abschließend wird auf die beigefügten Vereinsstatuten einschließlich der Vorstandsliste verwiesen."

Diesen Feststellungen ist der Berufungswerber bei seiner Einvernahme am 18.1.1996 nicht entgegengetreten. Ergänzend hat er folgendes ausgeführt:

"Die mir als Obmann des genannten Vereines und somit Verantwortlicher in der Aufforderung vom 20.12.1995 zur Last gelegte Verwaltungsübertretung (die unbefugte Ausübung des Gastgewerbes) bleibt unbestritten. Der durch den Verkauf dieser Getränke erzielte Umsatz beträgt monatlich ca.18.000,-- bis 20.000,-- und wird ein daraus verbleibender Überschuß zur Finanzierung der übrigen Vereinstätigkeiten wie zB Schach, Fußball, Kegelbahn und kulturellen Veranstaltungen verwendet. Derzeit gehören ca. 20 bis 25 Personen dem Verein an und beträgt der jährliche Mitgliedsbeitrag S 120,--. Ich werde den Verkauf der Getränke sofort einstellen und mich beim zuständigen Gewerbeamt hinsichtlich einer Gewerbeberechtigung erkundigen bzw. mit einschlägigen Firmen über die Aufstellung eines Getränkeautomaten in Verbindung setzen."

In rechtlicher Sicht folgt daraus:

Gemäß §366 Abs1 Z2 GewO 1973 in der hier anzuwendenden Fassung der Gewerberechtsnovelle 1994, BGBINr194/1994, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer ein konzessioniertes Gewerbe (§5 Z2) ohne die erforderliche Konzession ausübt.

Gemäß §1 Abs1 legit gilt dieses Bundesgesetz, von den hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen der §§2 bis 4 abgesehen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Gemäß Abs2 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; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht durch dieses Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll. Gemäß Abs5 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Gemäß Abs6 dieses Paragraphen 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.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem nach dem Vereinsgesetz konstituierten Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, kommt es nicht darauf an, inwieweit der Verein nach dem Vereinsgesetz und nach seinen Statuten befugt ist, Tätigkeiten in der Absicht auszuüben, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, sondern darauf, inwieweit eine solche Absicht tatsächlich besteht. Ist die Gebarung eines derartigen Vereines mit dem Bemühen verbunden, Auslagen gering zu halten oder unter Umständen zu vermeiden, und im übrigen dahin ausgerichtet, Einnahmen durch Leistungen der Mitglieder oder Spenden lediglich in der Höhe der aus der Verwirklichung der ideellen Vereinszwecke zwangsläufig erwachsenden Auslagen zu erzielen, so handelt es sich zwar einerseits um ein Bestreben, das von der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, zu unterscheiden ist, doch mangelt aber andererseits auch nicht jeder Tätigkeit, deren Erträge der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereines dienen, schon allein im Hinblick auf diese Eigenschaft die Gewerbsmäßigkeit. Entscheidend ist vielmehr, ob jene Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt werden, in der Absicht betrieben wird, einen mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 24. November 1992, ZI92/04/0180 mwN.). Schenkt ein Verein an Vereinsmitglieder und andere Personen Getränke gegen Entgelt aus, so lässt sich, wenn Preise in einer Höhe, die in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben eingefordert und hiedurch Überschüsse erzielt werden, auf eine für den Verein bestehende Absicht schließen, die Einnahmenerzielung nicht auf die Deckung der mit der betreffenden, entgeltlich vorgenommenen Vereinstätigkeit zusammenhängenden Kosten zu beschränken, sondern einen darüber hinausgehenden Ertrag herbeizuführen. Bei Beurteilung der Ertragsabsicht ist unter dem Gesichtspunkt des §1 Abs2 GewO 1973 nicht die Gesamtgebarung des Vereines, sondern nur die mit dem jeweils in Rede stehenden Aspekt der Vereinstätigkeit verbundene diesbezügliche Absicht zu berücksichtigen. Im Falle einer Bewirtung darf, um die Erfüllung des Tatbestandselementes der Gewinnerzielungsabsicht auszuschließen, nur die Deckung der Kosten der betreffenden

Bewirbung angestrebt werden. Umfassen die für die Leistungen des Vereines eingehobenen Entgelte auch einen Kostenbeitrag für sonstige Tätigkeiten des Vereines und für die damit verbundenen Auslagen, so liegt Gewinnerzielungsabsicht vor (vgl. das hg Erkenntnis vom 27. April 1993, ZI92/04/0245)."

Ausgehend von dieser Rechtslage steht es für die erkennende Behörde außer Zweifel, daß der "K verein" den Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken in der Absicht betreibt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für sich zu erzielen. Warum die Räumlichkeiten des Vereinslokals nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweisen sollen, ist für die erkennende Behörde nicht erfindlich, zumal das Lokal, in dem die Getränke ausgeschenkt werden, mit einer Bartheke, mit einer Schankanlage sowie mit Tischen und Stühlen ausgestattet ist. Wenn der Berufungswerber nunmehr einwendet, daß der durch den Getränkeausschank erzielte Ertrag die unmittelbar aus dem Betrieb des Vereinslokals entstehenden Aufwendungen nicht abdeckt, so steht dieses Vorbringen mit seiner Sachverhaltsdarstellung im erstinstanzlichen Verfahren und mit dem Bericht des städtischen Erhebungsamtes im Widerspruch. Nicht entgegengetreten ist der Berufungswerber auch der Feststellung in diesem Bericht, wonach zum Vereinslokal auch Nichtmitglieder Zutritt haben, für die die gleichen Getränkepreise Gültigkeit haben. Allein schon deshalb ist im vorliegenden Fall Gewerbsmäßigkeit im Sinne des §1 Abs2 GewO 1973 anzunehmen.

Zur Strafbemessung:

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonstige nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind 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 - 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall ist der Unrechtsgehalt der Übertretung als erheblich zu bezeichnen. Als Schuldform war zumindest grobe Fahrlässigkeit anzunehmen. Die Unbescholtenheit des Berufungswerbers wurde von der Erstbehörde gebührend berücksichtigt. Die über den Berufungswerber verhängte Geldstrafe bewegt sich an der untersten Grenze des Strafrahmens. Sie ist auch bei fiktiver Annahme von unterdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht als überhöht zu bezeichnen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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

© 2026 JUSLINE

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