

RS UVS Oberösterreich 1991/08/09 VwSen-220013/4/Gf/Kf

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.08.1991

Beachte

Verweis auf VwGH vom 12. 6. 1956, Zl. 1363/55; VwGH vom 26. 10.1961, Zl. 372/60; VwGH vom 6. 2. 1990, Zl. 89/04/0186; VwSlg 12683 A/1988; VfSlg 8981/1980 **Rechtssatz**

Konzessionspflicht, Wesen. Gewerbsmäßigkeit:

Gewinnerzielungsabsicht bei gasthausüblichen Preisen.

Verfallstrafe: Ermessensentscheidung; legt das Gesetz keine expliziten Ermessensrichtlinien fest, so sind diese durch grundrechtskonforme Auslegung des Gesetzes zu ermitteln. Verfallstrafe unterliegt mit Blick auf Art.5 Satz 2 StGG dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Sinn der Verfallstrafe:

Sicherungsinteresse und Abhaltung von der Begehung weiterer gleichartiger Straftaten. Verfallstrafe unverhältnismäßig, wenn im Zeitpunkt ihrer Verhängung kein Sicherheitsinteresse mehr besteht. Qualifizierte Begründungspflicht bei Ermessungsentscheidungen.

Der Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke - wie er im vorliegenden Fall von der Behörde festgestellt und vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wurde - zählt nach § 189 Abs.1 Z.3 und 4 GewO zum Gastgewerbe und unterliegt nach dieser Bestimmung der Konzessionspflicht. Daß der Beschwerdeführer eine dementsprechende Konzession nicht besitzt und auch bisher nicht beantragt hat (wobei einem derartigen Antrag solange keine Bedeutung zukäme, als über diesen nicht rechtskräftig entschieden wurde, weil bis dahin - dem Wesen der Konzessionspflicht gemäß § 5 Z.2 GewO entsprechend - das Gewerbe jedenfalls rechtswidrig ausgeübt wird), wird von ihm ebensowenig in Abrede gestellt wie der Umstand, daß ihm diese Tätigkeit persönlich zuzurechnen ist.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt auch dem Umstand, daß er bei seiner Tätigkeit tatsächlich keinen Gewinn erzielt hätte, keine Bedeutung zu, da nach § 1 Abs.2 GewO allein die Absicht hinreicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen; diese Ertragsabsicht ist aber jedenfalls dann gegeben, wenn - wie im vorliegenden Fall - Getränke gegen einen gasthausüblichen Preis (und nicht etwa bloß kostendeckenden Preis oder gar unentgeltlich) abgegeben werden (vgl. z.B. VwGH vom 12.6.1956, Zl. 1363/55; vom 26.10.1961, Zl. 372/60; vom 6.2.1990, Zl. 89/04/0186); unbeachtlich ist ferner, wem der tatsächliche Erlös zufließt.

Die Verhängung der Strafe des Verfalles stellt jedoch eine Ermessensentscheidung der Behörde dar, wobei dieses Ermessen gemäß Art. 130 Abs.2 B-VG nur im Sinne des Gesetzes ausgeübt werden darf. Beachtet man in diesem Zusammenhang weiters, daß § 369 Abs.1 GewO im Zusammenhang mit Art.5 Satz 2 StGG die Behörde zu einem gesetzlich nicht näher spezifizierten Eigentums- und damit Grundrechtseingriff legitimiert, so ist dieser bei verfassungskonformer Interpretation der hier in Rede stehenden gewerberechtlichen Bestimmung (vgl. VfSlg 8981/1980, insbes. S. 371 ff.) weiters nur dann rechtmäßig, wenn er nicht als unverhältnismäßig (vgl. VwSlg 12683 A/1988) erscheint. Es war daher zu prüfen, ob die Verhängung der Strafe des Verfalles entsprechend den im Wege verfassungskonformer Interpretation zu ermittelnden Ermessensrichtlinien der GewO erfolgte und diese im konkreten Fall überdies nicht unverhältnismäßig war.

Der offenkundige Sinn der Verfallstrafe besteht - wie sich insbesondere aus der Bezugnahme des § 369 GewO auf § 366 GewO ergibt - nicht nur im Umstand der Festlegung einer Nebenstrafe, sondern vornehmlich in einem Sicherheitsinteresse, also darin, den straffällig gewordenen von der Begehung weiterer gleichartiger Straftaten abzuhalten (vgl. dazu insbesondere die Gesetzesmaterialien zur Gewerberechtsnovelle 1988, 341 BlgStenProtNR, 17.GP, 59): Fehlt es nämlich einmal an der entsprechenden Sachausstattung, so liegt die Vermutung nahe, daß der Betroffene diese nicht neuerlich anschaffen wird, bloß um das verbotene Gewerbe auszuüben, wenn er nach dem bisherigen Verhalten der Behörde damit rechnen muß, daß diese auch weiterhin nicht geneigt ist, die widerrechtliche Gewerbeausübung zu dulden.

Dieser Sicherheitszweck hätte sich nach Auffassung des Verwaltungssenates schon von Anfang an auch dadurch erreichen lassen, daß die Behörde gemäß § 360 Abs.1 zweiter Satz GewO weniger eingriffsintensive, insbesondere nicht eigentumsentziehende Maßnahmen verfügt hätte; diese Maßnahmen greifen - anders als die Beschlagnahme und die daran gebundene Strafe des Verfalles - nicht unmittelbar in das Eigentum des Beschwerdeführers ein; der Beschwerdeführer hätte nämlich in diesem Fall die betreffenden Waren auch selbst verbrauchen oder verwerten können, während der Erlös (vgl. § 18 VStG) von später für verfallen erklärten Gegenständen gemäß § 372 Abs.1 GewO der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft (für Oberösterreich) zufließt.

Jedenfalls im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses waren aber die darin für verfallen erklärten Gegenstände - weil damals die Sachausstattung bereits den bisherigen Eigentümern zurückgestellt worden war - schon von ihrer Art her (es handelt sich um Getränke und Genußmittel) nicht mehr geeignet, einem konkreten Sicherheitsinteresse - wie von § 369 Abs.1 GewO gefordert - zu dienen, handelt es sich doch dabei durchwegs um vertretbare, vom Beschwerdeführer jederzeit nachschaffbare Sachen, die im Zuge der Führung eines Gastgewerbebetriebes im Vergleich zu dessen aufwendiger Grundausrüstung bloß eine untergeordnete Bedeutung haben.

Angesichts der Möglichkeit, gelindere, aber gleichermaßen effektive Mittel einzusetzen sowie des Umstandes, daß der Verfall im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses kein geeignetes Mittel zur Erreichung des gesetzlichen Sicherheitszweckes darstellte, erweist sich dieser im Hinblick auf Art.5 Satz 2 StGG als unverhältnismäßig.

Dazu kommt, daß der Ausspruch im Straferkenntnis nicht näher begründet ist, was diesen im Hinblick darauf, daß es sich insoweit - wie oben dargelegt wurde - um eine Ermessensentscheidung handelt, mit Rechtswidrigkeit belastet (vgl. die umfangreichen Judikaturnachweise bei R. Walter - H. Mayer, Grundriß des Österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 4. Auflage, Wien 1987, RN 421). Der unabhängige Verwaltungssenat, der gemäß § 24 VStG i.V.m. § 66 Abs.4 AVG immer in der Sache selbst zu entscheiden hat, sieht sich aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Funktion (vgl. Art.129 B-VG) jedoch nur dann dazu in der Lage, eine solcherart fehlende Begründung zu substituieren, wenn sich im Verfahren vor ihm ergeben hat, daß diese offenkundig schon im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses vorgelegen und aus derart naheliegenden Gründen keine Aufnahme in den Bescheid gefunden hat. Dies traf jedoch im vorliegenden Fall nicht zu. Aus allen diesen Gründen war daher der Ausspruch des Verfalles im Straferkenntnis aufzuheben.

Schlagworte

Gewinnabsicht; Kostendeckung; Verein als Konzessionär; Konzessionsbegriff; Gewerbebegriff;
Verhältnismäßigkeitsprinzip; Richtlinien für die Ermessensausübung; Prüfungsumfang; Identität der (selbe) Sache;
Begründungssubstitution durch UVS.

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