

# TE Vwgh Erkenntnis 2018/1/29 Ra 2017/04/0088

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.01.2018

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/11 Vereinsrecht Versammlungsrecht;  
50/01 Gewerbeordnung;

## **Norm**

GewO 1994 §1 Abs2;  
GewO 1994 §1 Abs6;  
GewO 1994 §2 Abs1 Z25;  
GewO 1994 §366 Abs1 Z2;  
VerG 2002;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofräatin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, über die Revision des Landeshauptmannes von Steiermark gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 19. Juni 2017, Zl. LVwG 30.30-1101/2017-9, betreffend Übertretung der GewO 1994 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Bruck-Mürzzuschlag; mitbeteiligte Partei: G K in L, vertreten durch Fetz Fetz Wlattnig & Partner Rechtsanwälte in 8700 Leoben, Hauptplatz 11),

## **Spruch**

I. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

II. den Beschluss gefasst:

Der Antrag der belangten Behörde vor dem Verwaltungsgericht auf Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses wird zurückgewiesen.

## **Begründung**

Vorgeschichte

1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 2. März 2017

wurden dem Mitbeteiligten zwei Übertretungen vorgeworfen:

2 Zunächst habe es der Mitbeteiligte als Obmann des Vereines

"C" zu verantworten, dass zumindest in der Zeit vom 29.1.2016 bis 16.9.2016 im Vereinslokal durch den entgeltlichen Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken an Mitglieder und Nichtmitglieder des Vereins das reglementierte Gewerbe "Gastgewerbe in der Betriebsart Pub" selbstständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt worden sei, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl der Verein dafür keine Gewerbeberechtigung besessen habe. Dadurch habe der Mitbeteiligte § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 2, § 5 Abs. 1, § 94 Z 26 und § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 verletzt. Deshalb wurde über ihn gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von EUR 300,-- (Ersatzfreiheitsstrafe ein Tag und vier Stunden) verhängt.

3 Weiters habe es der Mitbeteiligte als Obmann des genannten Vereins zu verantworten, dass im Zeitraum von zumindest 29.1.2016 bis 16.9.2016 im Vereinslokal dieses Vereins eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74 GewO 1994) für einen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart "Pub" ohne die erforderliche Genehmigung betrieben worden sei. Die Genehmigungspflicht sei gegeben, da durch die Betriebsanlage das Leben oder die Gesundheit der Kunden, das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn gefährdet und Nachbarn durch Lärm und Geruch belästigt werden könnten. Dadurch habe der Mitbeteiligte § 366 Abs. 1 Z 2 zweiter Fall GewO 1994 verletzt. Deshalb wurde über ihn gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 erster Fall GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 300,-- (Ersatzfreiheitsstrafe ein Tag und vier Stunden) verhängt.

4 Gegen dieses Straferkenntnis erhaben der Mitbeteiligte

Beschwerde an das Verwaltungsgericht.

Angefochtenes Erkenntnis

5 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde der Beschwerde des Mitbeteiligten gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt (I.). Die ordentliche Revision wurde für unzulässig erklärt (II.).

6 Begründend stellte das Verwaltungsgericht fest, der Verein "C" werde durch den Mitbeteiligten als Obmann vertreten. In den genehmigten Vereinsstatuten werde als Vereinszweck unter anderem ausgeführt, dass der Verein, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet sei, Folgendes bezwecke:

"Freundschaften unter Countryfreunden in allen Bundesländern zu pflegen und zu fördern. Die Countrymusik verbreiten und neue Countrymusiker/Bands bekanntmachen, sowie die Erweiterung des Bekanntheitsgrades des Brauchtums der amerikanischen Gründerzeit und des amerikanischen Volkstanzes in Österreich.

Zwischenmenschliche Beziehungen auch zwischen den Generationen bei Mitgliedertreffen zu fördern".

7 Nach den Vereinsstatuten solle der Vereinszweck durch näher bezeichnete ideelle und materielle Mittel erreicht werden. Die erforderlichen materiellen Mittel sollten durch Mitgliedsbeiträge, Erlöse aus Veranstaltungen, Subventionen und Spenden und sonstige Zuwendungen aufgebracht werden.

8 Das Vereinslokal sei im Oktober 2015 eröffnet worden. Die Auslagenscheiben des ehemaligen Geschäftslokals seien abgeklebt, damit niemand hineinsehen könne. Öffnungszeiten seien von außen nicht erkennbar. Wenn der Verein Livemusik anbiete, werde an der Fassade ein Plakat aufgehängt. Das Vereinslokal sei von außen als Gastgewerbelokal nicht erkennbar.

9 Wöchentlich fänden Clubabende statt. Zusätzlich werde einmal im Monat außer im Juli und August Livemusik angeboten. Zweimal im Jahr fänden Tanzauftritte der Tanzgruppe ("Linedancer") statt. An den Clubabenden würden Getränke ausgeschenkt. Abgegeben würden alkoholfreie Getränke, Bier in Flaschen und Spirituosen (Whisky, Eristoff). Zigaretten würden vom Mitbeteiligten zum Trafikpreis verkauft. Die Verkaufspreise für Mineralwasser lägen bei EUR 1,00, alkoholfreie Getränke EUR 1,50, Whisky 0,2 cl EUR 1,50, "weiße Mischung" EUR 1,20, 0,5 l Bier EUR 1,60 und Toast EUR 2,00. Das Vereinslokal verfüge über keine eigene Küche, aber über einen Kühlschrank und eine Theke ohne Bierausschankanlage. Es würden als Speisen lediglich Toasts abgegeben.

10 Zu den Livemusikabenden könnten auch Nichtmitglieder kommen, es werde kein Eintritt verlangt. Dabei erhalte ein Countrymusiker ein mit dem Getränkeverkauf finanziertes Honorar von EUR 300,-- bis EUR 500,--. Die Getränke würden an diesen Livemusikabenden um 20 bis 30 Cent pro Getränk teurer verkauft. Die Getränkepreise seien für Clubmitglieder und Nichtclubmitglieder gleich hoch. Die Preiskalkulation für die Getränkepreise orientiere sich an den

Preisen der anderen Vereine und würden so festgesetzt, dass noch Geld übrig bleibe, um die Auslagen etwa für die Livemusik zu bezahlen. Decke der Getränkeverkauf das Musikerhonorar nicht, werde die fehlende Summe aus dem Privatvermögen des Mitbeteiligten und der Kassiererin ausgeglichen.

11 In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, der Mitbeteiligte habe angegeben, dass die Getränkeinnahmen dazu dienten, die Ausgaben des Vereins, wie Abgaben und die Abdeckung der Kosten aus der Livemusik, abzudecken. Die Getränkepreise orientierten sich an den Preisen der übrigen Vereine und lägen weit unter jenen in der Gastronomie. Dies sei ein Anhaltspunkt, der gegen das Vorliegen einer Ertragserzielungsabsicht spreche.

12 Im Übrigen hätten sowohl der Mitbeteiligte als auch die Kassiererin glaubwürdig angegeben, aus eigenem Vermögen nicht unbeträchtliche Beiträge in die Vereinskasse zu zahlen, um das Vereinsleben und insbesondere die Livemusikabende zu ermöglichen.

13 "Nach der Judikatur" könne beispielsweise ein Musikverein für sein Vereinsorchester Instrumente und Noten, ein Fußballverein die Mannschaftsdressen und Bälle oder ein Schützenverein die Schützentracht ohne Gewerbeberechtigung besorgen. Im vorliegenden Fall würden die Einnahmen aus einzelnen Veranstaltungen etwa für den Ankauf neuer Kleidung für die Linedancer ausgegeben.

14 Die Vereinsmitglieder würden im Rahmen ihrer Zusammenkünfte nur in einfacher Weise mit Getränken versorgt. Das Vereinslokal weise zwar im Inneren (mit Bar, Tischen und Sesseln) das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes auf. Von außen sei jedoch das Vereinslokal als Gastgewerbebetrieb nicht erkennbar.

15 Somit habe die gesetzliche Vermutung nach § 1 Abs. 6 letzter Satz GewO 1994 widerlegt werden können. Das Vereinslokal als örtlich gebundene Einrichtung unterliege auch nicht der Genehmigungspflicht nach § 74 GewO 1994.

16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Amtsrevision des Landeshauptmannes von Steiermark, die vom Verwaltungsgericht gemäß § 30a Abs. 7 VwGG unter Anchluss der Akten des Verfahrens vorgelegt wurde.

17 Die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht sowie der Mitbeteiligte erstatteten eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

#### Zulässigkeit

18 Die Amtsrevision bringt zu ihrer Zulässigkeit vor, das Verwaltungsgericht sei von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, indem es keine unter die GewO 1994 fallende Tätigkeit des Vereins angenommen habe, obwohl die Erträge aus der Bewirtung auch anderweitig verwendet und damit zur Deckung der Ausgaben eines anderen Bereichs der Vereinstätigkeit heranzogen worden seien.

19 Die Revision ist zulässig. Sie ist auch berechtigt.

#### Rechtslage

20 Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994

(GewO 1994) lauten:

"1. Geltungsbereich

§ 1 ...

(2) Eine Tätigkeit wird 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 diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

...

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt 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.

...

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

...

25. die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Rahmen und Umfang von Veranstaltungen im Sinne des § 5 Z 12 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 durch Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie sonstige juristische Personen, die im Sinne der §§ 34 BAO gemeinnützig, kirchlich tätig sind, und durch deren Dienststellen ...

...

#### Gastgewerbe

§ 111. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

...

2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

...

(3) Unter Verabreichung und unter Ausschank ist jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

...

§ 371a. Der Landeshauptmann ist berechtigt, gegen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtes des Landes in Verfahren nach diesem Bundesgesetz, in denen nicht der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend belangte Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht ist, Revision wegen Rechtswidrigkeit an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben."

#### Maßgebliche Rechtsprechung

21 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 Gewerbetriebes 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 (vgl. RV 341 BlgNR 17. GP 31 f), wobei die allgemeine Bestimmung des § 1 Abs. 2 GewO 1994 daneben weiterhin anwendbar ist (vgl. VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0081, mwN).

22 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem nach dem Vereinsgesetz 2002 konstituierten Verein entfaltete Tätigkeit der GewO 1994 unterliegt, nicht darauf an, ob der Verein tatsächlich Gewinn erzielt. Entscheidend ist vielmehr, ob die Absicht besteht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Ist die Gebarung eines derartigen Vereins mit dem Bemühen verbunden, Auslagen gering zu halten oder unter Umständen zu vermeiden, und im Übrigen dahin ausgerichtet, Einnahmen lediglich in der Höhe der aus der Verwirklichung der ideellen Vereinszwecke zwangsläufig erwachsenden Auslagen zu erzielen, so liegt eine solche Ertragserzielungsabsicht nicht vor. Umgekehrt mangelt aber nicht jeder Vereinstätigkeit, 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 den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen (vgl. VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, mwN).

23 Sollen mit den für die Leistungen des Vereins eingehobenen Entgelten auch Kosten des Vereins im Zusammenhang mit anderen Vereinstätigkeiten abgedeckt werden, so liegt die Ertragsabsicht vor. In Fällen, in denen Vereine durch die

Entfaltung einer (wirtschaftlichen) Tätigkeit Einnahmenüberschüsse erzielen wollen, die dann zur Finanzierung anderer - rein ideeller - Aktivitäten verwendet werden sollen, bedarf es dementsprechend einer Gewerbeberechtigung (vgl. VwGH 20.12.2010, 2009/03/0028, 0029, mwN).

Für die Beurteilung der Frage, wann eine getrennt zu beurteilende Tätigkeit vorliegt, deren Gewerbsmäßigkeit nach den oben angeführten Grundsätzen isoliert zu beurteilen ist, kann darauf abgestellt werden, ob die Tätigkeit in Form einer selbstständigen Unternehmung ausgeübt wird. Dies ist nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen. Auch das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes, auf das § 1 Abs. 6 GewO 1994 betreffend die Ertragsabsicht bei Tätigkeiten von Vereinen ausdrücklich abstellt, sowie der Umstand, ob die Tätigkeit einem gesonderten Kundenkreis angeboten wird, ist zu berücksichtigen (vgl. VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, mwN).

#### Einzelfallbezogene Anwendung

24 Von dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Ertragsabsicht von Vereinen ist das Verwaltungsgericht - wie von der Amtsrevision zutreffend aufgezeigt - aus folgenden Erwägungen abgewichen:

25 Das Verwaltungsgericht stützt das angefochtene Erkenntnis unter anderem auf die Auffassung, dass "nach der Judikatur" ein Musikverein für sein Vereinsorchester Instrumente und Noten, ein Fußballverein die Mannschaftsdressen und Bälle oder ein Schützenverein die Schützentracht ohne Gewerbeberechtigung besorgen könne und vertrat die Auffassung, dass dies auch hier gelte, weil die Einnahmen des vorliegenden Vereines aus einzelnen Veranstaltungen für den Ankauf neuer Kleidung für "Linedancer" ausgegeben worden seien.

26 Diese Auffassung widerspricht der oben angeführten Rechtsprechung, wonach es in Fällen, in denen Vereine durch die Entfaltung einer (wirtschaftlichen) Tätigkeit Einnahmenüberschüsse erzielen wollen, die dann zur Finanzierung anderer - rein ideeller - Aktivitäten verwendet werden sollen, einer Gewerbeberechtigung bedarf.

27 Wie dargelegt ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Frage, wann die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit isoliert zu beurteilen ist, darauf abzustellen, ob die Tätigkeit in Form einer selbstständigen Unternehmung ausgeübt wird. Dabei ist auch das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes sowie der Umstand, ob die Tätigkeit einem gesonderten Kundenkreis angeboten wird, zu berücksichtigen.

28 Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, das Vereinslokal weise nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes auf, ist auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts rechtswidrig: So ist das Verwaltungsgericht selbst der Auffassung, dass das Vereinslokal im Inneren das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes aufweise. Darüber hinaus stellte das Verwaltungsgericht fest, dass dann, wenn der Verein Livemusikveranstaltungen durchführe, bei denen Getränke und einfache Speisen abgegeben werden, an der Fassade des Vereinslokals ein - darauf hinweisendes - Plakat aufgehängt werde. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände weist das Vereinslokal das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf.

29 Hinzu kommt, dass das Verwaltungsgericht festgestellt hat, dass sich die Getränkepreise "an den Preisen der übrigen Vereine" orientierten und "weit unter jenen in der Gastronomie" lägen. Diese solcherart den Vereinsmitgliedern eröffnete Möglichkeit, vom Verein angebotene Leistungen billiger als bei Inanspruchnahme einschlägiger Gewerbebetriebe zu erhalten, was einen diesen zufließenden vermögenswerten Vorteil indiziert, hat das Verwaltungsgericht bei seiner Beurteilung nicht berücksichtigt (vgl. zu diesem Aspekt VwGH 3.3.1999, 97/04/0183, und 18.8.2017, Ra 2017/04/0081, Rn. 11).

30 Schon aus diesen Erwägungen erweist sich die Auffassung des Verwaltungsgerichts, der Mitbeteiligte habe die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht begangen, als rechtswidrig.

31 Der Mitbeteiligte bringt in seiner Revisionsbeantwortung vor, gemäß § 2 Abs. 1 Z 25 GewO 1994 seien die Bestimmungen der GewO 1994 auf Veranstaltungen nach § 5 Z 12 Körperschaftssteuergesetz (KStG) nicht anzuwenden. Auch unter diesem Gesichtspunkt seien die verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten nicht einschlägig nach § 1 Abs. 6 GewO 1994. Zu diesem Vorbringen ist auf Folgendes hinzuweisen:

32 Nach dieser Ausnahmebestimmung sind bestimmte, an sich dem Gastgewerbe vorbehaltene (und damit gewerbliche) Tätigkeiten von der GewO 1994 ausgenommen (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO3

(2011), Rn. 105 zu § 2). Bei den in dieser Bestimmung angeführten Veranstaltungen (sogenannte "kleine Vereinsfeste" vgl. dazu VfGH 26.9.2017, G 39/2017, Rn. 133) ist die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken in dem dort angeführten Rahmen und Umfang erlaubt, auch wenn eine Ertragsabsicht nach § 1 Abs. 2 und 6 GewO 1994 vorliegt (vgl. zu diesem Umfang ebenso VfGH 26.9.2017, G 39/2017, Rn. 130 und 141).

33 Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung schon in zeitlicher Hinsicht (72 Stunden pro Kalenderjahr) nicht erfüllt werden.

#### Ergebnis

34 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2

Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

35 Der in der Revisionsbeantwortung von der belangten Behörde

gestellte Aufhebungsantrag war gemäß § 34 Abs. 1 VwGG als verspätet zurückzuweisen (vgl. VwGH 3.5.2017, Ro 2016/03/0027, mwN).

Wien, am 29. Jänner 2018

#### Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

#### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017040088.L00

#### Im RIS seit

22.02.2018

#### Zuletzt aktualisiert am

20.03.2019

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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