

# TE Vwgh Erkenntnis 1998/11/11 98/04/0050

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.11.1998

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
GewO 1994 §1 Abs2;  
GewO 1994 §1 Abs3;  
GewO 1994 §1 Abs4;  
GewO 1994 §142 Abs1 Z3;  
VStG §25 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Urban, über die Beschwerde des AK in S, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 21. Jänner 1998, Zl. UVS-4/558/5-1998, betreffend Übertretung der GewO 1994, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 21. Jänner 1998 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe am 23. März 1996 um

1.15 Uhr durch den Verkauf von Bier um S 100,-- und Sekt zu einem Preis von S 60,-- bis S 70,-- auf dem Standort X (sogenanntes "Haus Y"), das konzessionierte Gastgewerbe in der Betriebsart "Bar" ausgeübt, ohne im Besitz einer hiefür erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein; Tatort sei das erste Obergeschoß des Objektes X gewesen. Der Beschwerdeführer habe hiervon eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GewO 1994 begangen, weshalb er unter Anwendung des§ 366 Abs. 1 GewO (Einleitungssatz) mit einer Geldstrafe von S 15.000,-- (96 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) bestraft wurde.

Einer dagegen erhobenen Berufung gab der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Salzburg gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG keine Folge. Nach Darstellung des Verfahrensganges und Wiedergabe der in der mündlichen Verhandlung am 28. Oktober 1997 abgegebenen Zeugenaussagen führte die belangte Behörde im wesentlichen aus, daß aufgrund der glaubhaften und widerspruchsfreien im Bescheid wiedergegebenen Zeugenaussagen die Tat als erwiesen feststehe. Bei den beiden Zeugen handle es sich um Juristen des Gewerbeamtes der Bezirkshauptmannschaft, denen zugebilligt werden könne, daß sie mit entsprechendem Sachverstand nicht nur derartige Wahrnehmungen an Ort und Stelle gemacht, sondern diese auch unverfälscht wiedergegeben hätten. Beide Zeugen hätten im Etablissement Gäste angetroffen, die auch Getränke konsumiert hätten. Zwar hätten die Gäste für diese Getränke konkret noch nichts bezahlt gehabt, sie seien aber in der Lage gewesen anzugeben, mit welchen Preisen sie gerechnet hätten (Bier ca. S 100,--, andere Getränke S 60,-- bis S 70,--). Zudem sei aus dem von einem der Zeugen am Tattag angefertigten Sofortbildfoto zu ersehen, daß sich auf einem Tisch Sektkübeln und Sektflaschen befunden hätten; auch sei die Bar mit verschiedenen Getränken ausgestattet gewesen und hinter dieser bedient worden. Gegenüber einem Zeugen hätten Gäste angegeben, ohne Inanspruchnahme weiterer Dienstleistungen konsumieren zu können. Somit sei erwiesen, daß am Tatort nicht nur ausschließlich das Gewerbe "Partnervermittlung" ausgeübt worden sei. Daß der Beschwerdeführer das Gewerbe selbst betrieben habe, stehe ebenfalls aufgrund der Zeugenaussagen bzw. Recherchen fest. Wie sich aus einer Zeugenaussage ergebe, habe der damals anwesende Kellner S angegeben, daß nicht er selbst, sondern der Beschwerdeführer für den Betrieb verantwortlich sei. Es wäre auch unglaublich, daß das Gastgewerbe von einer anderen Person betrieben worden sei, zumal der Beschwerdeführer zum damaligen Zeitpunkt am Tatort auch das Gewerbe "Partnervermittlung" betrieben habe. Daß der Beschwerdeführer nicht Eigentümer des Lokales sei, sei für das strafbare Verhalten belanglos; daß etwa die Eigentümerin selbst das Gewerbe betrieben habe, habe sich weder aus dem Verfahren ergeben, noch seien vom Beschwerdeführer hiefür Beweise vorgelegt worden. Insgesamt bestehe daher kein Zweifel, daß der Beschwerdeführer das Gewerbe selbstständig auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt habe. Das Berufungsvorbringen, der Beschwerdeführer könne nur als Verantwortlicher des Vereines "Freizeitzentrum X" im Sinne des § 9 VStG herangezogen werden, sei verfehlt, da dieser zum Tatzeitpunkt bereits über eine halbes Jahr aus dem Vereinsregister gelöscht (gewesen) sei. Er habe daher nicht mehr für diesen Verein rechtswirksam nach außen hin in Erscheinung treten können. Weiters habe der Beschwerdeführer selbst nicht in Abrede gestellt, daß am Tattag Getränke konsumiert worden seien, wobei es auf Menge und Zeitpunkt der Konsumation nicht ankomme. Aufgrund der Höhe der Konsumationspreise (z.B. Bier S 100,--) liege die Absicht des Beschwerdeführers auf der Hand, einen Ertrag oder sonstigen (mittelbaren) wirtschaftlichen Vorteil (etwa im Zusammenhang mit dem ebenfalls im Etablissement betriebenen Gewerbe der "Partnervermittlung") durch den Betrieb des Gastgewerbes in der Form "Bar" zu erzielen. Da sämtliche Merkmale der Gewerbsmäßigkeit vorlägen, und auch der Betrieb insgesamt das Bild eines einschlägigen Gewerbebetriebes geboten habe, stehe die Tat somit als erwiesen fest.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, entgegen den Bestimmungen des § 366 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GewO 1994 nicht bestraft zu werden. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, daß sekundäre Feststellungsmängel insoweit vorlägen, als die belangte Behörde Feststellungen betreffend die Voraussetzungen einer gewinnbringenden Gewerbsmäßigkeit unterlassen habe. Die im Zuge der Kontrolle durch die beiden einschreitenden Zeugen angetroffenen "Gäste" hätten lediglich Schätzungen über die Getränkepreise angegeben (Bier S 100,--, S 60,-- bis S 70,-- für ein Glas Sekt), wobei es sich hiebei lediglich um Vermutungen der "Gäste" gehandelt habe. Ob und daß tatsächlich genannte Beträge bezahlt worden wären, sei seitens der belangten Behörde nicht festgestellt worden. Dies wäre allerdings für die Beurteilung des Vorliegens einer Gewinnerzielungsabsicht als Voraussetzung für die tatbestandsmäßige Verwirklichung des Deliktes notwendig; es bedürfte ergänzender Sachverhaltsfeststellungen darüber, um welche Getränke es sich gehandelt habe, wie deren Einkaufspreise bzw. Anschaffungskosten festgesetzt worden seien und welche Differenzspannen (= Gewinne) dadurch hätten erreicht werden können. Die belangte Behörde habe die persönliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für die in Rede

stehende Verwaltungsübertretung unrichtig rechtlich beurteilt und konkrete Feststellungen über die Tätereigenschaft des Beschwerdeführers nicht getroffen. Die im angefochtenen Erkenntnis wiedergegeben behördliche Vermutung, es sei unglaublich, daß das Gastgewerbe von einer anderen Person betrieben worden sei, zumal der Beschwerdeführer am gleichen Standort/Tatort zum damaligen Zeitpunkt ein Partnervermittlungsgewerbe betrieben habe, reiche für die von der belangten Behörde getroffene rechtliche Beurteilung nicht aus. Insbesondere habe die belangte Behörde keine Feststellungen getroffen, daß Herr S in einem Betrieb in M für den Beschwerdeführer arbeite, dieser Betrieb allerdings nicht vom Beschwerdeführer selbst, sondern von der Z-GmbH geführt werde. Aus dem gegenständlichen Verwaltungsakt ergebe sich eindeutig, daß der Genannte bei Überprüfung am 23. März 1996 gegenüber den einschreitenden Zeugen angegeben habe, daß nicht er für den Betrieb verantwortlich sei, sondern nur für den Beschwerdeführer aushelfe; er sei, so könne dies auch dem vorgenannten Aktenvermerk entnommen werden, ansonsten für den Beschwerdeführer in M tätig. Zudem hätten die beiden einschreitenden Zeugen in ihrer Einvernahme vor der belangten Behörde eindeutig bestätigt, daß ihnen bekannt sei, daß das Gastlokal in M nicht vom Beschwerdeführer, sondern von der Z-GmbH betrieben werde. Bereits daraus ergebe sich, unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer an dieser GmbH beteiligt oder Geschäftsführer des Lokales sei, daß Herr S als Angestellter der Z-GmbH, sohin nicht anstelle des Beschwerdeführers, am Überprüfungsabend anwesend gewesen sei. Weiters seien entgegen den rechtlichen Ausführungen der belangten Behörde nicht sämtliche für das Vorliegen einer der Gewerbeordnung unterliegenden Tätigkeit notwendigen Voraussetzungen kumulativ gegeben. Insbesondere ergebe sich aus dem festgestellten Sachverhalt keinesfalls die nach § 1 GewO 1994 geforderte "Dauerhaftigkeit" der Tätigkeit, sondern lediglich, daß an einem Tage (nämlich am 23. März 1996) Bier und Sekt ausgeschenkt worden sei.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzulegen:

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Im Grunde des § 1 Abs. 2 erster Halbsatz leg. cit. 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.

Nach § 1 Abs. 3 leg. cit. liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Nach § 1 Abs. 4 erster Satz leg. cit. gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert.

Gemäß § 142 Abs. 1 Z. 3 GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 124 Z. 8) für den Ausschank von alkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen.

Nach Abs. 2 zweiter Halbsatz dieses Paragraphen ist u.a. unter Ausschank (Abs. 1 Z. 3) jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, daß die Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

Gemäß § 146 leg. cit. darf ein Gastgewerbe nur entsprechend der in der Gewerbeanmeldung bezeichneten Betriebsart ausgeübt werden.

Der Ausschank von Getränken an "Gäste" wurde vom Beschwerdeführer in der Berufung nicht in Abrede gestellt. Insoweit der Beschwerdeführer in der Beschwerde den Ausschank gänzlich bestreitet, stellt dies ein Sachverhaltsvorbringen dar, welches dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Neuerungsverbot (§ 41 VwGG) unterliegt. Im übrigen hatte der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren selbst angegeben (vgl. Antrag auf zeugenschaftliche Einvernahme vom 29. Oktober 1997), daß "Sekt weder gläserweise verkauft, sondern eben nur flaschenweise bezogen wurde, wobei hierbei ein Einmalbetrag entrichtet werde". Der Verwaltungsgerichtshof vermag in dem aus den Zeugenaussagen der einschreitenden Beamten abgeleiteten Schluß der belangten Behörde auf das Vorliegen eines entgeltlichen Getränkeausschankes keinen Feststellungs- bzw. Begründungsmangel erkennen, zumal es der allgemeinen Lebenserfahrung widerspricht, daß in derartigen Etablissements (laut Artikel der Salzburger Nachrichten vom 28. 5. 1998 als "Bordell" bezeichnet) ein Gratisausschank an die "Gäste" erfolgt. Dem Beschwerdeführer ist weiters nicht zu folgen, wenn er die Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhaltes betreffend Preis,

Gewinnspanne und Sortiment der Getränke rügt. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat (u.a. vgl. hg. Erkenntnis vom 5. November 1991, Zl. 91/04/0150), ist zwar Entgeltlichkeit alleine nicht mit Gewinnerzielungsabsicht gleichzusetzen und letztere auch dann nicht anzunehmen, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen. Die Entgeltlichkeit einer Tätigkeit indiziert allerdings den äußeren Anschein der Gewinnerzielungsabsicht, sodaß es Sache des Beschuldigten in einem Verwaltungsstrafverfahren wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 ist, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht durch ein entsprechendes, mit Beweisen belegtes Vorbringen die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht trotz Entgeltlichkeit darzutun. Ein derartig konkretes Beweisanbot erstattete der Beschwerdeführer nicht.

Ebenso geht der Vorwurf betreffend mangelnde behördliche Feststellungen hinsichtlich der persönlichen Tätereigenschaft des Beschwerdeführers am Inhalt des bekämpften Bescheides vorbei. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof (vgl. hg. Erkenntnis vom 28. Februar 1995, Zl. 93/04/0047) die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr die Tätigkeit entfaltet wird, wer also das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmensrisiko trägt, dahingehend beantwortet, daß dies nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen ist, in denen sich die Tätigkeit abspielt. In diesem Sinn hat die belangte Behörde - auch unter Bedachtnahme auf die Zeugenaussagen, insbesondere des Kellners, der das Entgelt für den Beschwerdeführer entgegenzunehmen erklärte - zutreffend der Ausübung des Partnervermittlungsgewerbes des Beschwerdeführers am gleichen Tatort maßgebliche Bedeutung zugemessen, welches unzweifelhaft mit dem Betrieb der Bar in Zusammenhang zu bringen ist ("Animation"), wobei in derartigen "Etablissements" üblicherweise auch keine Fakturierungen namens des tatsächlichen Betreibers erfolgen. Mangels konkreter Gegenbeweise des Beschwerdeführers ist daher die Annahme der persönlichen Tätereigenschaft durch die belangte Behörde nicht zu beanstanden.

Auch das Beschwerdevorbringen, aus dem einmalig am Tattag festgestellten Ausschank lasse sich keinesfalls die von § 1 GewO 1994 geforderte "Dauerhaftigkeit" der Tätigkeit nachweisen, vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Regelmäßig wird eine Wiederholungsabsicht dann angenommen werden dürfen, wenn die Begleitumstände einer einmaligen Handlung so geartet sind, daß aus ihnen geschlossen werden kann, es werde mit dieser einmaligen Handlung nicht sein Bewenden haben (vgl. u.a. hg. Erkenntnis vom 13. Oktober 1993, Zl. 92/03/0191 und die darin zitierte Vorjudikatur). Die belangte Behörde hat u.a. aufgrund der Fotos (welche einen voll eingerichteten, strukturierten Barbetrieb "große Auswahl alkoholischer Getränke, Bartresen, Stereoanlage, Kühlschrank, Sitzgelegenheiten etc." zeigen) schlüssig einen einschlägigen Gewerbebetrieb angenommen. Sie durfte daher zurecht von einer Regelmäßigkeit und Wiederholungsabsicht ausgehen (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 1997, Zl. 96/04/0270).

Die vorliegende Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

Wien, am 11. November 1998

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1998:1998040050.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

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