jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2019/4/12 LVwG 30.30-3097/2018

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.04.2019

Entscheidungsdatum

12.04.2019

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §94 Z26
GewO 1994 §366 Abs1 Z1
GewO 1994 §1 Abs6
GewO 1994 §5 Abs1
GewO 1994 §111 Abs1 Z2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Mag. Schmalzbauer über die Beschwerde des A B, geb. am xx, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. C D, Gasse, E, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 25.09.2018, GZ: 0087232018/0006,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird die Beschwerde als unbegründet

abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer binnen zwei Wochen ab Zustellung bei sonstiger Exekution einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 60,00 zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eineordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VGunzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 25.09.2018, GZ: 0087232018/0006, wurde Herrn A B, geb. am xx, FGasse. E, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. C D, Gasse, E, Folgendes vorgeworfen:

„Herr A B hat es als Obmann des Vereines „Verein G“ zu verantworten, dass der genannte Verein zumindest am 29.12.2017 bzw. 30.12.2017, in E, Gasse, Lokal „H“, welches aufgeteilt ist auf zwei Ebenen, EG und 1. Stock, durch den

gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken wie z.B. Bier, Wein sowie Softdrinks um je € 2,00, usw. das reglementierte Gewerbe „Gastgewerbe“ ausgeübt hat, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, da bei Vereinen die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vorliegt, 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 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Zum Tatzeitpunkt waren ca. zwischen 26 und 45 Gäste anwesend. Es fand eine Veranstaltung statt „disko“. Der Eintrittspreis wurde mit € 6,00 empfohlen. Ein Mischpult wurde bereitgestellt, eine Lichtershow wurde dargeboten, Musik wurde lautstark erzeugt, sodass man diese bereits bei Annäherung an das Lokal wahrnehmen konnte. Laut örtlicher Kontrolle am 29.12.2017 hat das Vereinslokal jedenfalls den Anschein eines gastgewerblichen Betriebes und ist daher eine Gastgewerbeberechtigung, gemäß § 94 Z 26 GewO 1994, erforderlich.

Er/Sie hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 366 Abs 1 Z 1 iVm § 111 Abs 1 Z 2, § 94 Z 26, § 5 Abs 1 und § 1 Abs 6 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl 194/1994, zuletzt geändert durch BGBl. I 120/2016, iVm § 9 Abs 1 VStG

Wegen dieser Veraltungsübertretung(en) wird/werden über sie/ihn folgende Verwaltungsstrafe(n) verhängt:

€ 300,00 gemäß § 366 leg. cit.

Falls diese uneinbringlich ist/sind, Ersatzfreiheitsstrafe(n) von

2 Tagen gemäß § 16 VStG

Weiters wurde er gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG verpflichtet, € 30,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu bezahlen. Gleichzeitig wurde gemäß § 9 Abs 7 VStG darauf hingewiesen, dass juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in § 9 Abs 3 VStG genannten natürlichen Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlich Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haften.

Begründet wurde die Entscheidung damit, dass aufgrund der dienstlichen Wahrnehmung am 29.12.2017 und dem weiteren Akteninhalt kein Zweifel an der Begehung der Verwaltungsübertretung bestünden. Das Vereinslokal weise jedenfalls den Anschein eines gastgewerblichen Betriebes auf, weshalb eine Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 26 GewO 1991 erforderlich sei.

Da der Beschwerdeführer Obmann des gegenständlichen Vereins sei, und somit die zur Vertretung nach außen berufene Person, treffe ihn die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung.

Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung als mildernd die Unbescholtenheit und als erschwerend nichts gewertet.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige und in formaler Hinsicht zulässige Beschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben.

Inhaltlich wurde vorgebracht, dass die Annahme der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe sich im Verfahren nicht geäußert, nicht den Tatsachen entspreche. Nach mehrmaligen Versuchen sei es erst im August 2018 möglich gewesen, in Teile des Aktes Einsicht zu nehmen. Der Beschwerdeführer sei in keiner Form aufgefordert worden, seinen Einspruch allfällig zu verbessern oder zu begründen. Der Beschwerdeführer bzw. sein ausgewiesener Vertreter hätten mehrfach Kontakt zur Behörde gesucht. Der gemeinnützige Verein „Verein G“ verfolge das statutenmäßige Ziel, das Kulturleben in E sowie Lokale und internationale Musiker und Musikerinnen zu fördern. Im Vereinslokal „H“, etabliert am E, Gasse, fänden zu diesem Zweck gelegentlich Veranstaltungen, etwa Konzerte, Lesungen oder Vorträge statt. Diese Veranstaltungen würden stets nur von den Vereinsmitgliedern und nur für Vereinsmitglieder organisiert und durchgeführt. Eine derartige Veranstaltung habe auch am 29.12.2017 stattgefunden. Konkret habe es sich dabei um die vereinsinterne Veranstaltung „disko“ gehandelt.

Im Straferkenntnis werde dem Verein zu Unrecht vorgeworfen, dass dieser gegen die Gewerbeordnung verstoße. Bei der Vereinstätigkeit handle es sich um keine gewerbliche Tätigkeit, die Gewerbeordnung komme nicht zur Anwendung und folglich sei auch keine Gewerbeberechtigung bzw. Betriebsanlagengenehmigung für das Vereinslokal notwendig.

§ 1 GewO definiere den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und lege fest, dass eine Tätigkeit auszuüben sei, in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt sei. Eine Vereinstätigkeit würde gewerblich ausgeübt, wenn der Verein die Absicht verfolge, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, oder wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweise und diese Tätigkeit mittelbar oder unmittelbar auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet sei. Übe der Verein seine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetz fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so werde vermutet, dass die Absicht vorliege, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Diese Voraussetzungen träfen für den Verein „Verein G“ nicht zu.

Zutritt zum Vereinslokal hätten ausschließlich Vereinsmitglieder. Voraussetzung für den Zugang zu einer Veranstaltung sei somit in jedem Fall eine Mitgliedschaft im Verein. Eine entsprechende Kontrolle finde am Eingang des Vereinslokales statt. Es werde kein Eintrittspreis, sondern ein Unkostenbeitrag, der sich an den Unkosten des kulturellen Programmes orientiere und freiwillig sei, entgegengenommen. Unabhängig davon, erfolge die Zahlung des Jahresmitgliedsbeitrages auch gegenüber jenen Personen, die am Abend am Programm teilnehmen wollten und eine Mitgliedschaft beantragten. Der Mitgliedsbeitrag werde völlig getrennt vom Unkostenbeitrag eingehoben und gesondert ausgewiesen. Der Unkostenbeitrag werde völlig freiwillig geleistet, das betreffe auch die Höhe des Beitrages. Dies sei auch den Erhebungsberichten vom 18.11.2016 und vom 02.02.2018 zu entnehmen. Eine Jahresmitgliedschaft könne im Übrigen zu € 1,00 erstanden werden.

Auch der Ansicht, es werde im Vereinslokal ein gewerbsmäßiger Ausschank von Getränken und somit ein Gastgewerbe betrieben, sei nicht zu folgen. Die Abgabe von Getränken beruhe auf einer unverbindlichen Preisempfehlung von € 2,00, die als freiwillige Spende entsprechend eine Beschilderung vorgeschlagen werde. Durch die Getränkespende sei es dem Verein möglich, die laufenden Kosten für den Vereinsraum und das kulturelle Programm zu sichern, allerdings erhielten die Mitglieder ihre Getränke unabhängig davon, ob oder wieviel sie spendeten. Ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil lasse sich dabei weder für den Verein, noch für seine Mitglieder erkennen. Sämtliche Arbeiten würden ehrenamtlich für den Verein verrichtet, die auftretenden KünstlerInnen bekämen nur ihre Unkosten ersetzt.

Der Verein habe auch nicht die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Gebahrung des Vereins sei lediglich mit dem Bemühen verbunden, die eigenen Auslagen gering zu halten bzw. solche Auslagen überhaupt zu vermeiden. Die Gebahrung des Vereins sei darauf ausgerichtet, Einnahmen gerade in der Höhe zu erzielen, dass die aus der Verwirklichung der ideellen Vereinszwecke zwangsläufig erwachsenden Auslagen gedeckt seien. Eine Ertragserzielungsabsicht oder überhaupt eine Absicht, Gewinn zu erzielen, lägen demnach keineswegs vor. Der Verein beabsichtige nicht, einen Ertrag zu erzielen, der den mit der Vereinstätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigen solle. Die Einnahmen würden zur Gänze dem ideellen Vereinszweck zufließen. Ausgaben des Vereins würden so gering wie möglich gehalten, dafür spreche auch das angewendete Do-it-yourself-Konzept, wonach ohne Entschädigung alle Leistungen, soweit irgendwie möglich, selbst und ehrenamtlich erbracht würden. Demnach sei § 1 GewO im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Die Vermutung eines erzielten wirtschaftlichen Vorteils durch die mehrmalige Öffnung des Vereinslokales innerhalb einer Woche lasse sich somit ebenfalls widerlegen. Im Erhebungsbericht vom 05.07.2016 sei festgestellt, dass Getränke zur Verfügung gestellt und gegen eine freiwillige Spende abgegeben würden. In diesem Erhebungsbericht werde auch angemerkt, dass es sich beim Lokal „H“ um kein Gastgewerbe, sondern bloß um ein Vereinslokal handle. Auch im Erhebungsbericht vom 18.11.2016 werde angemerkt, dass ein Mitgliedsbeitrag am Eingang entgegengenommen werde, eine Mitgliederliste geführt und Getränke gegen eine freiwillige Spende ausgegeben werden. Am 10.01.2017 sei erneut vermerkt, dass es sich lediglich um ein Vereinslokal und nicht um eine gastgewerbliche Betriebsanlage handle. Die Erhebungsberichte würden dem dargestellten Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebes widersprechen. Der Anschein eines gastgewerblichen Betriebes liege gerade nicht vor.

Sachverhalt:

Am 29.12.2017 wurde von den Beamten der Bau- und Anlagenbehörde, Ing. I J und K L, um 23.40 Uhr das Lokal „H“ mit der Anschrift E, Gasse, in Anwesenheit von zwei Polizeibeamten in Zivil kontrolliert. Im Vereinslokal „H“ war zum angegebenen Zeitpunkt keine Veranstaltung angemeldet. Bereits bei der Annäherung an das Lokal konnte auf der gegenüberliegenden Seite lautstark diskoartige Musik wahrgenommen werden.

Um 23.40 Uhr wurden die beiden Empfangsdamen nach einem Verantwortlichen gefragt. Die beiden Damen gaben an, dass derjenige, der über alle Unterlagen verfüge, momentan sehr beschäftigt sei, deuteten Richtung Bühne und ersuchten, in 30 Minuten wiederzukommen.

Bei der Kontrolle um 00.25 Uhr wurden die beiden Kontrollorgane vor dem Lokal von einer Gruppe jüngerer Menschen empfangen, die sich als Mag. M N und O P vorstellten. Herr O P gab an, dass das Lokal als Verein geführt werde. Auf seinem Handy zeigte er die ZVR-Zahl 11....

Das 1-stöckige Lokal ist über eine zweiflügelige Eingangstüre zu betreten, über der im Tatzeitpunkt die Aufschrift „H" zu lesen war. Das Gebäude selbst zeichnete sich im äußeren Bereich durch graffitiartige Bemalung und Beklebung der vier Fenster aus. Rechts oberhalb des Eingangsbereiches wird das Dach mit einer Plane bedeckt.

Betritt man das Gebäude, so befindet sich im Inneren eine Stiege mit Handlauf, welche, da das Gebäude sich in Hanglage befindet, ins Erdgeschoss führt. Rechts oberhalb des Eingangsbereiches befindet sich eine Abgrenzung, an der am 29.12.2017 ein Tisch aufgestellt war, an dem zwei Frauen saßen, die als Eintritt eine freiwillige Spende entgegennahmen. Empfohlen wurde eine freiwillige Spende von € 6,00. Die Damen erfragten den Namen des Besuchers, der in eine Liste eingetragen wurde. Gleichzeitig wurde eine Jahresmitgliedskarte ausgefolgt.

Mit dieser Mitgliedskarte kann man das gesamte Lokal nutzen. Die Mitgliedskarte hat die Größe einer üblichen Visitenkarte und trägt auf der einen Seite die Aufschrift „Mitgliedskarte G 0/0" und die Abbildung von zwei Ameisen und auf der anderen Seite die Aufschrift „Endlich haben Sie etwas richtiggemacht!" und „www.hhh.at".

Am 29.12.2017 fand folgende Veranstaltung statt: „disko, Q (xxxx Munich), R (disko), S (xxx), T (disko/ Japán)".

Im Internetauftritt „www.hhh.at" wurde für 29.12.2017 die oben angeführte Veranstaltung angekündigt. Diese Veranstaltung wurde auch abgehalten. Auf dieser Homepage findet sich folgender Hinweis im Format einer Postkarte:

„Hallo Ihr Lieben, Bei Interesse einfach mal im H vorbeischauen oder eine E-Mail an h@uu.com" schreiben. This e-mail adress ist not for booking requests since H doesn`t put on shows itself but only offers the venue to promoters! Keine Bookinganfragen an diese E-Mail-Adresse, das HG bucht selbst keine Konzerte, sondern stellt nur die Infrastruktur für Veranstalterinnen zur Verfügung! *Spamschutz: Mail-Adresse kann nicht kopiert werden."

Links von den Empfangsdamen befindet sich ein Durchgang. In dem dabei erreichbaren Bereich ist ein Mischpult einerseits und ein bühnenähnliches Gebilde andererseits errichtet. Zum Erhebungszeitpunkt wurde dort die erwähnte Musikdarbietung erzeugt, auch eine Lichtshow wurde dargeboten. Eine Person war damit beschäftigt.

Das Obergeschoß wird über eine freitragende Metallstiege zugänglich gemacht. Dort hielten sich sechs Personen auf. Der erste Stock ist in zwei Bereiche aufgeteilt. Diese sind separat betretbar und mittels Glastüren vom Vorbereich getrennt. Ein Bereich wird als „Backstage-Bereich" bezeichnet und geführt und ist mit Sitzgelegenheiten ausgestattet und befindet sich im Inneren des Gebäudes, wohingegen der zweite Bereich nach außen führt und als Raucherterrasse genutzt wird. Diese verfügt ebenfalls über Sitzgelegenheiten. Im ersten Stock gibt es auch ein WC.

Zum Erhebungszeitpunkt um 23.40 Uhr waren 26 Gäste anwesend. Zum Erhebungszeitpunkt um 00.25 Uhr bzw. um 00.45 Uhr befanden sich nach Angabe einer Empfangsdame 45 Personen im Lokal, wobei sich noch eine Gruppe von 18 Personen vor dem Lokal aufhielt und auf Einlass wartete. Auch um 00.45 Uhr wurde unverändert Musik dargeboten.

Im Erdgeschoß rechts befindet sich eine Bar, jedoch ohne Schankanlage. Dort befindet sich ein Kühlschrank und ein Waschbecken. Getränke werden in Flaschen und Dosen, nicht aber offen, verkauft. Über dem Barbereich befinden sich zwei Schilder in A4-Größe mit der Aufschrift:

„FREIWILLIGE SPENDE

Du selbst bestimmst, ob und wieviel du zahlst!

Unverbindliche Preisempfehlung:*

Bier und Wein	€ 2,00
Softdrinks	€ 2,00

*Die vorgeschlagenen unverbindlichen Preisempfehlungen beziehen sich auf eine einfache Einnahmen-

/Ausgabenrechnung. Mit Beträgen von ungefähr dieser Höhe ist es uns möglich, das Kulturprojekt H zu finanzieren. Die anfallenden Kosten ergeben sich zum Großteil aus fortlaufenden Ausgaben wie Miete, Betriebskosten und der Instandhaltung des bunten Hauses an der V."

Derselbe Inhalt wird auch in englischer Sprache auf einem Schild ausgewiesen.

Im Hochparterre befindet sich eine Bar an der rechten Seite, diese ist mit einem haushaltsüblichen Kühlschrank und einem Waschbecken ausgestattet. Der Geschirrspüler ist irgendwann kaputtgegangen und wurde nicht ersetzt. Eine Schankanlage ist nicht vorhanden. Hinter der Bar stehen ein oder mehrere Vereinsmitglieder. Die Getränke werden im Supermarkt erworben. Ausgeschenkt werden Bier, Wein, Mineral, Cola und Erfrischungsgetränke, aber keine „harten" Getränke. Die meisten Getränke werden in Flaschen abgegeben. Es wurde ein Zettel aufgehängt mit einer unverbindlichen Preisempfehlung für eine freiwillige Spende. Man muss auch nichts bezahlen. Auch wenn manche Besucher nichts geben, weil sie nichts haben, geht es sich finanziell für den Verein aus.

Im Nahbereich waren zwei Personen mit der Getränkeabgabe beschäftigt. Im Hintergrund waren Getränkekisten gestapelt. Gäste konsumierten Getränke.

Über Befragen am 29.12.2017 gaben Mag. M N und O P an, das als Eintritt eine freiwillige Spende und für die Getränke auch eine freiwillige Spende zu geben sei. Der jährliche Mitgliedsbeitrag betrage € 1,00. Die Öffnungszeiten sind im Vorhinein nicht festgelegt.

Dem Vereinsregisterauszug vom 18.01.2018 ist zur ZVR-Zahl 11... zu entnehmen: „Verein G mit Sitz in E. Obmann: A B, FGasse. E, Entstehungsdatum: 04.01.2010". Die statutenmäßige Vertretungsregelung legt fest, dass der Obmann den Verein nach außen vertritt. Obmannstellvertreter war von 26.11.2017 bis 25.11.2018 O P.

Bei der Bau- und Anlagenbehörde war für den 29.12.2017 bzw. 30.12.2017 keine Veranstaltung angemeldet bzw. angezeigt.

Für das Lokal gab es Bauakten zu konsenslosen Bauarbeiten im Jahr 2015, zur Fassadensanierung 2015, zur Fassadenfärbelung 2016, zur Änderung des Balkongeländers und der Fassadenfärbelung 2016, zur Fassadenumgestaltung und zum Abbruch des Geländers 2016 sowie im Jahr 2016 zu Baugebrechen mit Fotos zu WC-Anlagen im Obergeschoß, die in keinem bewilligten Plan aufscheinen. Im Jahr 1962 wurde am gegenständlichen Standort eine Baubewilligung für die Werkstätte und im Jahr 2016 eine Baubewilligung für einen Geschäftszubau zur Werkstätte (Fahrradgeschäft) erteilt. Für das Jahr 1987 liegt die Zurückweisung eines Bauansuchens für die Errichtung eines Kaffeehauses bei der Baubehörde auf.

Der Verein „Verein G" veranstaltet im Jahr zwischen 80 und 120 Veranstaltungen. Der Verein selbst sieht sich als Verein zur Förderung von Kunst und Kultur. Die Mitgliederzahl schwankt. Pro Jahr hat der Verein rund 700 Mitglieder. Am 06.02.2019 belief sich die Mitgliederzahl auf 300 bis 350 Mitglieder. Es handelt sich jeweils um Jahresmitgliedschaften.

Bei Veranstaltungen wird zusätzlich ein Unkostenbeitrag eingehoben, dessen Höhe je nach Veranstaltung schwankt. Der Verein bietet die Möglichkeit, aktiv am Vereinsleben teilzunehmen. Der Verein ist nicht auf das passive Konsumieren von Kultur ausgelegt. Er veranstaltet auch Workshops (Tontechnik, Erste Hilfe, Lesungen, etc.). Jedes Vereinsmitglied soll auch aktiv Veranstaltungen anbieten oder mitgestalten. Der Unkostenbeitrag hängt von der Höhe der Unkosten ab. Jede Woche wird ein Plenum abgehalten, für das nichts zu bezahlen ist. Für andere Veranstaltungen, für die dem Verein Kosten entstehen, wird ein Unkostenbeitrag eingehoben. Die realen Kosten werden verrechnet. Die Künstler bekommen generell kein Honorar, sondern nur die Unkosten (wie Reise- und Übernachtungsspesen) ersetzt. Mit dem empfohlenen Eintrittspreis von € 6,00 werden die Kosten für Taxi der Künstler, die Anmietung von Equipment, das Essen der Künstler, etc. bezahlt. Bei den Veranstaltungen schwankt die Zuhörerzahl. Im Schnitt kommen 50 bis 70 Besucher, manchmal aber auch weniger, etwa 15 Besucher.

Das wöchentliche Plenum dient der Abstimmung unter den Vereinsmitgliedern über zukünftige Veranstaltungen, etc.

Das Lokal ist nicht jeden Tag geöffnet, sondern nur dann, wenn Veranstaltungen stattfinden oder das Plenum. Der Verein bezahlt eine Monatsmiete von € 750,00. Bisher konnte immer kostendeckend gearbeitet werden. In dieser Struktur arbeitet der Verein seit ca. 10 Jahren.

Am Eingang stehen Vereinsmitglieder und erklären den Besuchern das Konzept und auch die freiwillige Spende. Der Eintrittspreis schwankt je nach den Kosten. € 6,00 ist in etwa der höchste Eintrittspreis. Von diesem Eintrittspreis geht

€ 1,00 in die Jahresmitgliedschaft, der Rest in den Unkostenbeitrag. Der Eintritt in das Lokal ist ausschließlich Vereinsmitgliedern gestattet. Jeder, der eintreten möchte, kann hereinkommen. Die anfallenden Arbeiten werden von Vereinsmitgliedern erbracht (Tontechnik, Ausschenken, etc.). Es wird auch selbst gekocht, wobei die Lebensmittel dafür im Supermarkt eingekauft werden. Die Vereinsmitglieder räumen auch selbst zusammen.

Wenn gekocht wird, z.B. Gulasch oder Curry, dann ist das primär für die Bands, aber auch für die Vereinsmitglieder, die helfen. Auch Besucher können etwas zu essen bekommen. Eine regelmäßige Bewirtung durch Auskochen findet nicht statt. Im ersten Stock gibt es eine Kochnische. Es gibt einzelne Kochplatten, aber keinen Herd. Es gibt eine allgemeine Spendenbox, aber keine konkrete Spendenbox für das Essen. Die Kochnische ist im ersten Stock hinter einer Tür. Der Raum ist so klein, dass man drinnen nicht stehen kann.

Bei der Kontrolle war es im Vereinslokal so finster, wie man dies von Lokalen kennt, die von jungen Leute besucht werden. Es wurde eine Licht- und Tonanlage betrieben. Bei der Kontrolle wurden Personen mit Flaschen im „Diskobereich“ angetroffen.

Die Fassade wies bei der Kontrolle kein Getränkeschild, nur den Lokalnamen „H“ oberhalb des Eingangsbereichs auf. An der Stiege befand sich am Kontrolltag ein Schild mit der Aufschrift „Smoking Area“ und einem Pfeil nach oben und einem Stiegenpiktogramm.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf den Akt der belangten Behörde sowie den Gegenstandsakt und das Ergebnis der am 06.02.2019 durchgeführten öffentlichen, mündlichen Verhandlung, in der der Beschwerdeführer gehört und in der als Zeugen die Meldungsleger Ing. I J und K L sowie die Vereinsmitglieder O P und Mag. M N einvernommen wurden.

Die Feststellungen zum Ablauf der Kontrolle, zur Örtlichkeit und den Besuchern sowie den eingehobenen Entgelten bzw. Spenden konnten aufgrund der Anzeige sowie der im Akt aufliegenden Bilder, die sich mit dem Beschwerdevorbringen und den Zeugenaussagen gut in Einklang bringen lassen, getroffen werden. Der Beschwerdeführer und die Vereinsmitglieder O P und Mag. M N schilderten gut nachvollziehbar das Konzept des Vereins und den Ablauf der Vereinstätigkeit.

Rechtliche Beurteilung:

Nach Art. 131 Abs 1 B-VG entscheiden, soweit sich aus Abs 2 und 3 dieser Bestimmung nichts anderes ergibt, über Beschwerden nach Art. 130 Abs 1 B-VG die Verwaltungsgerichte der Länder.

Entsprechend dieser Bestimmung erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

§ 31 Abs 1 des Bundesgesetzes über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013, in der Fassung BGBl. I Nr. 82/2015, lautet wie folgt:

Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

§ 17 VwGVG bestimmt Folgendes:

„Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.“

§ 1 der des Bundeskanzlers und des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der die Gewerbeordnung 1973 wiederverlautbart wird (Gewerbeordnung 1994 – GewO), BGBl. 194/1994, in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 107/2017:

„(1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(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.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen 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."

§ 5 Abs 1 GewO:

„Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden."

§ 74 Abs 1 bis Abs 3 GewO:

„(1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

(3) Die Genehmigungspflicht besteht auch dann, wenn die Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteiligen Einwirkungen nicht durch den Inhaber der Anlage oder seine Erfüllungsgehilfen, sondern durch Personen in der Betriebsanlage bewirkt werden können, die die Anlage der Art des Betriebes gemäß in Anspruch nehmen."

§ 111 GewO:

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

1. die Beherbergung von Gästen;

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

(2) Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es für

1. den Ausschank und den Verkauf von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken durch zur Ausübung des mit Omnibussen betriebenen Mietwagen-Gewerbes berechtigte Gewerbetreibende an ihre Fahrgäste;

2. die Beherbergung von Gästen, die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen, den Ausschank von Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen im Rahmen eines einfach ausgestatteten Betriebes, der in einer für den öffentlichen Verkehr nicht oder nur schlecht erschlossenen Gegend gelegen und auf die Bedürfnisse der Bergsteiger und Bergwanderer abgestellt ist (Schutzhütte);

3. die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden;

4. die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste;

5. die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken nach Maßgabe des § 143 Z 7 der Gewerbeordnung 1994 in der Fassung vor dem In-Kraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002, wenn die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Zusammenhang mit der Ausübung des Buschenschankes (§ 2 Abs. 9) nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften erfolgt;

6. den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt.

(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.

(4) Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte stehen ihnen noch folgende Rechte zu:

1. das Einstellen von Fahrzeugen ihrer Gäste,

2. das Halten von Spielen,

3. soweit Gäste beherbergt werden, die Veranstaltung von Ausflugsfahrten für ihre Gäste, sofern es sich dabei nicht um Pauschalreisen im Sinne des § 2 Abs. 1 der Reisebürosicherungsverordnung, BGBl. II Nr. 316/1999, handelt.

4. während der Betriebszeiten des Gastgewerbebetriebes der Verkauf folgender Waren:

a) die von ihnen verabreichten Speisen und ausgeschenkten Getränke, halbfertige Speisen, die von ihnen verwendeten Lebensmittel sowie Reiseproviant;

b) Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, Lektüre, übliche Reiseandenken);

c) Geschenkartikel.

Beim Verkauf von Waren gemäß lit. a bis c muss der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben. Liegt auch eine Berechtigung nach § 94 Z 3 oder Z 19 vor, genügt es, dass der Charakter des Betriebes als Bäcker oder Fleischer gewahrt bleibt, hiebei müssen Verabreichungsplätze bereit gestellt werden.

(5) Bei der Gewerbeanmeldung (§ 339) ist die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen; Änderungen einer in Abs. 2 genannten Betriebsart auf

eine Betriebsart, für die ein Befähigungsnachweis für das reglementierte Gastgewerbe vorgeschrieben ist, sind im Verfahren gemäß § 339 anzumelden."

§ 366 Abs 1 Z 1 und Z 2 GewO:

„Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;

2. eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt; ..."

Der Gewerbeordnung unterliegen alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Der vom Beschwerdeführer genannte Verein „Verein G" in E, Gasse, war unbestrittenermaßen im Tatzeitpunkt nicht im Besitz einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe oder einer Betriebsanlagengenehmigung für das Vereinslokal. Das Vereinslokal in E, Gasse hat das Aussehen eines einschlägigen Gewerbebetriebes.

Der Verein hat durch den Obmann und die Vereinsmitglieder Getränke ausschenken lassen (§ 111 Abs 1 Z 2 und Abs 3 GewO) und diverse Veranstaltungen (80 bis 120 pro Jahr) angeboten. Der Verein hat für den Zutritt zum Vereinslokal als Eintritt sowohl einen Beitrag für eine Jahresmitgliedschaft in Höhe von € 1,00, ohne die ein Zutritt nicht erlaubt ist, als auch eine freiwillige Spende in einer vorgeschlagenen Höhe, die sich an den Unkosten für die jeweilige Veranstaltung orientierte, verlangt.

Gewerbe dürfen nach § 5 Abs 1 GewO nur bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes ausgeübt werden.

Eine Tätigkeit wird gemäß § 1 Abs 2 GewO 1994 dann gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Hierbei 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.

Selbstständigkeit liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird (§ 1 Abs 3 GewO 1994). Für das Selbstständigkeitskriterium ist die Befugnis, unternehmerische Entscheidungen zu treffen sowie die Tragung des Unternehmerrisikos wesentlich. Diese Befugnis kam dem Verein zu. Dieser hat das Vereinslokal angemietet und renoviert, die Veranstaltungen geplant und abgehalten, geöffnet und betrieben, die vorgeschlagenen Preise für die Getränke und den Unkostenbeitrag festgesetzt. Es wurden daher unternehmerische Entscheidungen getroffen. Daran vermag auch der Umstand, dass die Preise für Getränke und der Eintritt in Form einer freiwilligen Spende eingehoben und Eigenleistungen von Vereinsmitgliedern erbracht wurden, bzw. dass auch Besucher eingelassen wurden, etwas zu ändern.

Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung eines Gewerbes gleichgehalten (§ 1 Abs 4 GewO 1994). Da das Vereinslokal zumindest einmal wöchentlich für das Plenum geöffnet war und neben dem wöchentlichen Plenum, für das kein Eintritt verlangt wurde, 80 bis 120 Veranstaltungen jährlich angeboten wurden, ist von einer regelmäßigen Tätigkeit auszugehen.

Das subjektive Element der „Gewinnerzielungsabsicht" ist aus den äußeren Umständen abzuleiten. Herkömmlich genügt es, dass eine Tätigkeit im Allgemeinen auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist, der im Einzelnen nicht unbedingt in einem geldlichen Gewinn bestehen muss (Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO, Rz 13 zu § 1 GewO). So wäre auch Unentgeltlichkeit allein noch nicht geeignet, das Tatbestandsmerkmal der Gewinnerzielungsabsicht und damit die Gewerbsmäßigkeit einer Leistung von vorneherein auszuschließen (VwSlg 13.921A/1993).

Mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut (arg „Absicht") kommt es nicht auf einen tatsächlich erzielten Ertrag bzw. wirtschaftlichen Vorteil an, sondern lediglich auf die Absicht, einen Ertrag/wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (VwGH 27.9.1966, Zl. 2141/64). Damit wird der allgemeinen Lebenserfahrung Rechnung getragen, dass gewerbliche Tätigkeiten

(zumindest für eine gewisse Zeit) mit Verlust entfaltet werden können, was nichts an der Gewerbsmäßigkeit zu ändern vermag.

Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll (§ 1 Abs 5 GewO). Dieser wirtschaftliche Vorteil liegt gegenständlich darin, dass die Vereinsmitglieder kulturelle Veranstaltungen (Konzerte, Lesungen, etc.) besuchen konnten, ohne marktübliche Preise dafür bezahlen zu müssen.

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 (§ 1 Abs. 6 GewO).

§ 1 Abs 6 zweiter Satz GewO 1994 normiert die an sich widerlegbare Vermutung des Vorliegens der Ertragsabsicht, sofern ein Verein eine gewerbliche Tätigkeit, zum Beispiel eine gastgewerbliche Tätigkeit, öfters als einmal in der Woche und zwar eine gewisse Zeit hindurch, ausübt. Liegt die Voraussetzung des § 1 Abs 6 zweiter Satz GewO vor, bedarf es keines weiteren Nachweises der Ertragsabsicht. Ein Hinweis auf die Vereinsstatuten reicht nicht aus, weil es nicht auf die in den Statuten angeführten Ziele, sondern auf die tatsächliche Absicht des Vereines, Erträge zu erzielen, ankommt (VwGH 23.10.1995, Zl. 93/04/0110).

Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes wird dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern – wenn auch zur Förderung des ideellen Zwecks – Leistungen anbietet oder erbringt oder Waren an die Mitglieder vertreibt und dies in einer Art und Weise vor sich geht, die vergleichbar ist mit dem Auftreten und der Gestion eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Hierbei kommt es nicht so sehr darauf an, ob der Verein eine kaufmännische Einrichtung bestimmten Umfangs besitzt, sondern darauf, wie sich der Verein hinsichtlich der üblicherweise von Gewerbetreibenden ausgeübten Tätigkeiten dem Publikum gegenüber präsentiert. So werden zum Beispiel Geselligkeitsvereine, Jugendclubs und andere keiner einschlägigen Gewerbeberechtigung bedürfen, wenn die Mitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkünfte in einfacher Weise mit Speis und Trank versorgt werden. Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes wird jedoch dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern – wenn auch zur Förderung des ideellen Vereinzwecks – Leistungen anbietet, die vergleichbar mit dem Auftreten eines einschlägigen Gewerbebetriebes sind. Schon das Vorhandensein von typischen Einrichtungsgegenständen eines Gewerbebetriebes rechtfertigt die Annahme des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes, des Vorliegens sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen bedarf es nicht (VwGH 03.03.1999, Zl. 97/04/0183).

Vermögensrechtliche Vorteile liegen insbesondere vor, wenn sich für die Vereinsmitglieder durch die Inanspruchnahme der vom Verein angebotenen Leistungen Vermögensvorteile gegenüber vergleichbaren Leistungen ergeben, die am freien Markt durch befugte Gewerbetreibende erbracht werden.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs 6 GewO ist bei Vereinen zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Absicht, einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen – neben dem Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes – nicht die Absicht erforderlich, aus der fraglichen Tätigkeit die ausgabenübersteigenden Einnahmen und damit einen Gewinn zu erzielen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist bereits auch erfüllt, wenn bloß die Absicht besteht, aus der in Rede stehenden Tätigkeit den Vereinsmitgliedern in sonstiger Weise irgendeinen vermögenswerten Vorteil zuzuwenden (VwGH 03.03.1999, Zl. 97/04/0183).

Die Getränkepreise orientieren sich im gegenständlichen Fall an den Einkaufspreisen mit Aufschlag (€ 2,00) und liegen weitunter jenen in der Gastronomie. Diese solcherart den Vereinsmitgliedern eröffnete Möglichkeit, vom Verein angebotene Leistungen billiger als bei Inanspruchnahme einschlägiger Gewerbebetriebe zu erhalten, indiziert einen diesen zufließenden vermögenswerten Vorteil (vgl. zu diesem Aspekt VwGH 3.3.1999, 97/04/0183, und 18.8.2017, Ra 2017/04/0081, Rn. 11).

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 Erträgnisse 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

(VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, mwN).

Der Beschwerdeführer gab an, dass die Getränkeeinnahmen dazu dienen, die Ausgaben des Vereins, wie Miete, Strom, Instandhaltung, etc. abzudecken. Die Getränkepreise liegen weit unter jenen in der Gastronomie üblichen. Dies ist zwar ein Anhaltspunkt, der gegen das Vorliegen einer Ertragserzielungsabsicht spricht. Auch gaben sowohl der Beschwerdeführer als auch die Vereinsmitglieder glaubwürdig an, zusätzlich Eigenleistungen zu erbringen. Mit den Einnahmen aus dem Getränkeverkauf und den Einnahmen am Eintritt werden die kulturellen Angebote finanziert.

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 (VwGH 20.12.2010, 2009/03/0028, 0029, mwN).

Wenn der Verein Veranstaltungen durchführt, bei denen Getränke und gegebenenfalls eine einfache Speise abgegeben werden, wird dies per Internet angekündigt. Unter Berücksichtigung des Aussehens an der Außenseite und der Ausstattung im Inneren (Bar, Musik- und Tonanlage, Sitzgelegenheiten, Raucherbereich, etc.) weist das Vereinslokal das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf.

Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist (§ 74 Abs 1 GewO). Gemäß § 74 Abs 2 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden. Eine solche Genehmigung lag im gegenständlichen Fall unbestritten nicht vor.

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 selbständigen 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 (VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, mwN).

Zusammengefasst ergibt sich, dass die vom Verein „Verein G“ ausgeübte Vereinstätigkeit im vorgeworfenen Tatzeitraum gewerbsmäßig ausgeübt wurde und daher der Gewerbeordnung unterliegt. Im konkreten Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Vereinslokal nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes aufweist. Den Vereinsmitgliedern werden Getränke zu Preisen angeboten, welche weit unter jenen in der Gastronomie liegen, auch diese den Vereinsmitgliedern zufließenden vermögenswerten Vorteile waren bei der Beurteilung des Vorliegens der Gewerbsmäßigkeit zu berücksichtigen.

Gemäß § 5 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschuld

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, http://www.lvwg-stmk.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at