

TE Vwgh Erkenntnis 2021/10/5 Ra 2019/04/0090

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.10.2021

Index

10/11 Vereinsrecht Versammlungsrecht

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §1 Abs2

GewO 1994 §1 Abs6

GewO 1994 §366 Abs1

VerG 2002

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie Hofräatin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Schara, über die Revision des S S, vertreten durch Mag. Wolfgang Steiner, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Börsegasse 9/7, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 25. April 2019, Zl. VGW-021/014/6387/2018-6, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 12. Bezirk), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 1. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 5. April 2018 wurde dem Revisionswerber zur Last gelegt, er habe es als Obmann und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ eines näher genannten albanischen Kulturvereins mit Sitz in Wien zu verantworten, dass dieser Verein mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, zu dem näher genannten Zeitpunkt einer durch die belangte Behörde durchgeführten Kontrolle das Gastgewerbe, dem Erscheinungsbild, der Ausstattung und dem Umfang nach der Betriebsart eines Kaffeehauses entsprechend, ausgeübt habe, ohne die hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und über ihn gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 5 Abs. 1 GewO 1994 eine Geldstrafe in Höhe von EUR 510,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag und 6 Stunden) verhängt.

2 2.1. Mit dem hier angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien (im Folgenden: Verwaltungsgericht) die gegen das Straferkenntnis gerichtete Beschwerde des Revisionswerbers nach Durchführung

einer mündlichen Verhandlung mit der Maßgabe als unbegründet ab, dass im Spruch des Straferkenntnisses die Wortfolge „§ 5 Abs. 1“ durch die Wortfolge „§ 1 Abs. 6“ ersetzt werde. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.

3 2.2. Das Verwaltungsgericht stellte fest, das Vereinslokal sei im Kontrollzeitpunkt geöffnet und für jedermann zugänglich gewesen. Das Vereinslokal verfüge über zwei gassenseitige Eingänge, die in einen Gastraum führen würden. An der Eingangstür seien die Öffnungszeiten, denen zufolge das Vereinslokal täglich geöffnet habe, in albanischer Sprache kundgemacht gewesen. Der Gastraum weise sechsundvierzig Sitzplätze auf, deren Mehrzahl um Tische gruppiert sei. Eine geringe Anzahl erhöhter Stühle sei an einem Schankbereich aufgestellt gewesen. Im Schankbereich seien eine Geschirrspülmaschine sowie eine Marken-Gastronomiekaffeemaschine aufgestellt, in deren unmittelbarer Nähe eine Getränkepreisliste ausgehangen habe. Im Gastraum sei ferner ein mit Getränkendosen und -flaschen voll bestückter Selbstbedienungskühlschrank aufgestellt, auf dessen Glastür ein Zettel mit dem Inhalt, der Verein stelle keine Getränke zur Verfügung, angebracht gewesen sei, sowie eine Spendenbox. Im Kontrollzeitpunkt hätten sich vier Männer im Gastraum aufgehalten. Unter diesen Personen sei eine nicht Vereinsmitglied gewesen und habe ein auf der Getränkepreisliste angeführtes Getränk konsumiert und bei der Kontrolle angegeben, für das Getränk zu bezahlen. In dem zum Vereinslokal gehörigen Kellerraum habe ein Tischtennistisch gestanden.

4 Beweiswürdigend führte das Verwaltungsgericht aus, die getroffenen Feststellungen würden sich auf die Angaben der Meldungslegerin in der aufgrund der Kontrolle erstatteten Anzeige, auf die einen Bestandteil der Anzeige bildenden Fotografien sowie auf die Aussage der Meldungslegerin in der mündlichen Verhandlung sowie bezüglich der Raumgröße, der Ausstattung mit einem Geschirrspüler und dem Vorhandensein der Spendenbox auf die Angaben des Revisionswerbers stützen. Soweit die Angaben des Revisionswerbers von der Sachverhaltsdarstellung der Meldungslegerin abgewichen seien, sei das Verwaltungsgericht der Version der Meldungslegerin gefolgt, die im persönlichen Eindruck zuverlässig, aufrichtig und kompetent gewirkt und den Revisionswerber an Glaubwürdigkeit übertroffen habe.

5 In seinen rechtlichen Erwägungen führte das Verwaltungsgericht - vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Ertragsabsicht bei Vereinen - aus, es sei hinsichtlich der inkriminierten Tätigkeit von einer Ertragsabsicht auszugehen. Der Aussage des Revisionswerbers in der mündlichen Verhandlung zufolge würden die in Rede stehenden Getränke von finanzkräftigen Vereinsmitgliedern palettenweise mitgebracht und im Kühlschrank gekühlt. Für jede Getränkekonsumentation werde eine Spende in die im Gastraum aufgestellte Spendenbox entrichtet, wobei zur Ermittlung des erwarteten Spendenbetrages die von einem Vorstandsmitglied erstellte, ausgehängte und mit Eurobeträgen versehene Getränkeliste als Orientierungshilfe herangezogen werde. Der Verein habe monatliche Gesamtkosten in Höhe von mehreren Tausend Euro aufzubringen. Dazu würden auch die Spenden für die Getränkekonsumentation herangezogen. Sollen mit den für die Leistungen des Vereins eingehobenen Entgelten auch Kosten des Vereins im Zusammenhang mit anderen Vereinstätigkeiten abgedeckt werden, so liege nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Ertragsabsicht vor. Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass Ertrags- oder wirtschaftliche Vorteilserzielungsabsicht gegeben sei, wenn für die von Vereinsmitgliedern gespendeten Getränke ein als Spende bezeichneter Getränkepreis eingefordert werde, mit welchem andere Zwecke des Vereins finanziert werden. Ausgehend von den Angaben der Meldungslegerin und den Fotografien zur Einrichtung und Ausstattung des betreffenden Vereinslokals liege das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gastgewerbetriebes vor. Bereits das Vorhandensein von typischen Einrichtungsgegenständen eines Gewerbetriebes rechtfertige die Annahme des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbetriebes. Übe ein Verein eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so werde gemäß § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 vermutet, dass Ertragsabsicht vorliege, und bedarf es keines weiteren Nachweises für sie. Im gegenständlichen Fall sei das Vereinslokal täglich geöffnet und zugänglich gewesen, sodass für die Ertragsabsicht die genannte gesetzliche Vermutung bestehe und es am Revisionswerber gelegen gewesen wäre, die Vermutung zu widerlegen, was nicht geschehen sei.

6 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, zu der die belangte Behörde eine Revisionsbeantwortung erstattete.

7 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

8 4.1. Gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit Geldstrafe bis zu EUR 3.600,00 zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

9 Nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßigt und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.

10 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. Nach § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 besteht eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Ertragsabsicht bei einem Verein, der eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche ausübt.

11 4.2. Die Revision begründet ihre Zulässigkeit unter anderem mit dem Vorliegen von Feststellungsmängeln. Das Verwaltungsgericht habe keine Feststellungen zur Ertragsabsicht des Vereins getroffen, vielmehr offengelassen, woraus sich eine solche ergeben solle. Der Revisionswerber habe in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass der Verein monatliche Gesamtkosten in Höhe mehrerer Tausend Euro habe, darum bemüht sei, seine Ausgaben so gering wie möglich zu halten und die monatlichen, etwaige Spenden für Getränke umfassenden Einnahmen weit unter den erwachsenden Ausgaben liegen würden. Auch seien dem angefochtenen Erkenntnis keine Feststellungen dahingehend zu entnehmen, dass im Vereinslokal Bedienungspersonal vorhanden gewesen wäre, das die Speisen oder Getränke anbieten, Geld kassieren oder sonst für die Umsorgung von Gästen tätig werden würde. Schließlich habe das Verwaltungsgericht offenkundig selbst nicht mit Sicherheit feststellen können, ob es sich bei dem bei der Kontrolle angetroffenen Nichtvereinsmitglied um den Angehörigen eines Vereinsmitglieds handelte, der dem Verein freiwillig Geld für sein Getränk gespendet habe, oder nicht.

12 Die Revision ist aufgrund dieses Vorbringens zulässig und berechtigt.

13 4.2.1. Das Verwaltungsgericht erachtete den Tatbestand des § 1 Abs. 2 GewO 1994 - im Hinblick auf die strittige Ertragsabsicht - als erfüllt, weil der Verein für die von Vereinsmitgliedern gespendeten Getränke einen als Spende bezeichneten Getränkepreis einfordere und mit den daraus resultierenden Einnahmen andere seiner Zwecke finanziere. Zusätzlich erachtete es die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 insofern für erfüllt, als der Verein täglich geöffnet und zugänglich gewesen sei und der Revisionswerber sie nicht widerlegt habe.

14 4.2.2. Im Zusammenhang mit der Ertragsabsicht nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 kommt es nach der ständigen Rechtsprechung 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 nach Möglichkeit 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 es aber nicht jeder Vereinstätigkeit, deren Erträgnisse der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereines dienen, schon allein im Hinblick auf diese Eigenschaft an 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. Eine Ertragserzielungsabsicht ist gegeben, wenn die einer gewerblichen Tätigkeit entsprechenden Geschäfte „in einer Weise abgeschlossen werden, welche die Möglichkeit der Erzielung eines Gewinnes offenlässt, und welche eben charakteristisch ist für den auf einen Gewinn abzielenden Betrieb einer Unternehmung“ (vgl. VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0058; VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, jeweils mwN).

15 Für die Beurteilung der Frage, wann eine getrennt zu beurteilende Tätigkeit vorliegt, deren Gewerbsmäßigkeit nach den oben angeführten Grundsätzen isoliert zu beurteilen ist, kann nach der Rechtsprechung 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 Gewerbetriebes,

auf das in § 1 Abs. 6 GewO 1994 betreffend die Ertragsabsicht bei der Tätigkeit von Vereinen ausdrücklich abgestellt wird, sowie der Umstand, ob die Tätigkeit einem gesonderten Kundenkreis angeboten wird, ist zu berücksichtigen (vgl. wiederum VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0058, mwN).

16 4.2.3. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kommt dem Vorbringen der Revision, wonach der Verein die für Getränke eingenommenen Spenden für die Bestreitung seiner monatlichen Gesamtkosten verwende, insofern maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung der Ertragsabsicht zu, als es der vom Verwaltungsgericht lediglich implizit gemachten Annahme entgegensteht, es handle sich bei der Ermöglichung der Getränkekonsumentation im Vereinslokal um eine getrennt zu beurteilende Tätigkeit. Für den Fall, dass die Ermöglichung der Getränkekonsumentation im Vereinslokal nach den unter Punkt 4.2.2. genannten Kriterien nicht als eigenständige gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, ist sie und der mit ihr in Zusammenhang stehende Aufwand als Teil der Vereinstätigkeit selbst anzusehen.

17 Vom Verwaltungsgericht wurden jedoch keine (ausreichenden) Feststellungen getroffen, um die Beurteilung vornehmen zu können, ob es sich bei der Ermöglichung der Getränkekonsumentation im Vereinslokal um eine getrennte Unternehmung oder um einen untrennbaren Teil der kulturellen Tätigkeit des Vereins handelt. Das Verwaltungsgericht traf zwar Feststellungen zu Einrichtung und Ausstattung des Gastraums des Vereinslokals, mithin zum Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes, nicht aber zur Frage eines gesonderten Kundenkreises. Während es die Angabe der Meldungslegerin, wonach einer der vier bei der Kontrolle im Gastraum angetroffenen Männer kein Vereinsmitglied sei, in seine Feststellungen übernahm - auf welcher Grundlage alleine eine tragfähige Aussage über den Kundenkreis nicht getroffen werden kann -, unterließ es jegliche beweiswürdigende Auseinandersetzung mit dem vom Revisionswerber sowohl in seiner Beschwerde als auch im Zuge seiner Befragung im Rahmen der mündlichen Verhandlung erstatteten Vorbringen, wonach vereinsfremden Personen, die keine Angehörigen von Vereinsmitgliedern seien, der Zutritt zum Vereinslokal verwehrt werde.

18 Ebenso lassen die vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen offen, ob überhaupt eine Tätigkeit vorliegt, die, wenn sie gewerbsmäßig wäre, in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fiele. In dem Umstand, dass das Vereinslokal täglich geöffnet und zugänglich ist, lässt sich für sich genommen noch keine gewerbsmäßige Tätigkeit erblicken. Liegt auch darüber hinaus keine die im Vereinslokal statthabende Getränkekonsumentation betreffende Tätigkeit vor, die der Verein selbständig ausübt, ist ferner fraglich, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 zweiter Satz erfüllt sind, mithin, ob die gesetzliche Vermutung der Ertragsabsicht greift. Das Verwaltungsgericht, das jene Tätigkeit, die es als Ausübung des Gastgewerbes nach der Betriebsart eines Kaffeehauses erachtete, nicht näher charakterisierte, verabsäumte, bezüglich der inkriminierten Tätigkeit das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit zu prüfen. Folgerichtig finden sich im Erkenntnis keine Feststellungen, die eine Beurteilung der Frage erlaubten, ob die inkriminierte Tätigkeit seitens des Vereins auf eigene Gefahr und Rechnung ausgeübt wird.

19 Im Übrigen erstrecken sich die Feststellungsmängel auch auf den vom Verwaltungsgericht nicht herangezogenen Tatbestand des § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994, mit dem das Merkmal der Ertragsabsicht gegenüber der allgemeinen Grundregel des § 1 Abs. 2 GewO 1994 weiter gefasst wird (VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0081, mwN). Das Verwaltungsgericht traf nämlich auch keine Feststellung dahingehend, ob die im Vereinslokal im Kontrollzeitpunkt ausgeschriebenen Getränkepreise etwa günstiger als bei vergleichbaren befugten Gewerbetreibenden seien bzw. ob die ausgewiesenen Preise die Selbstkosten überstiegen und ob überhaupt die Bezahlung der Preise bei Entnahme durch Besucher des Lokals einer Kontrolle unterliege.

20 Das angefochtene Erkenntnis leidet daher an wesentlichen Begründungsmängeln. Es war schon deshalb gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG aufzuheben, ohne dass noch auf das weitere Revisionsvorbringen einzugehen war.

21 Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff. VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

Wien, am 5. Oktober 2021

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2021:RA2019040090.L00

Im RIS seit

01.11.2021

Zuletzt aktualisiert am

03.11.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at