jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/11/5 91/04/0044

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.11.1991

**Index**

50/01 Gewerbeordnung;

**Norm**

GewO 1973 §1 Abs2 idF 1988/399;
GewO 1973 §1 Abs6 idF 1988/399;
GewO 1973 §189 Abs1 Z3 idF 1988/399;
GewO 1973 §189 Abs1 Z4 idF 1988/399;
GewO 1973 §366 Abs1 Z2 idF 1988/399;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Weiss und DDr. Jakusch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des NN in A, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 21. November 1990, Zl. 5/01-12.134/10-1990, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 10.110,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 21. November 1990 wurde der Beschwerdeführer im Verwaltungsrechtszug schuldig erkannt, er habe es als Obmann des Vereins M und somit als das gemäß § 9 VStG 1950 zur Vertretung nach außen berufene Organ dieses Vereins zu verantworten, daß in der Zeit vom 14. Juni 1989 bis 27. Dezember 1989 am Standort A, X-Platz 7, im kellergeschoßigen Lokal, das als Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart Bar eingerichtet sei, Getränke wie Bier, Wein, Spirituosen, Limonaden etc. zu gegenüber vergleichbaren Betrieben kostengünstigeren Preisen, somit mit vermögensrechtlichem Vorteil für die Vereinsmitglieder, "verabreicht" worden seien und damit das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar ausgeübt worden sei, ohne im Besitz einer hiefür erforderlichen Konzession zu sein. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 6 sowie § 189 Abs. 1 Z. 3 und 4 GewO 1973 begangen. Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 leg. cit. wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von S 15.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) verhängt.

Zur Begründung wurde ausgeführt, im Berufungsverfahren sei eine preisrechtliche Überprüfung (Erhebungsbericht

vom 7. September 1990) durchgeführt worden. Ergebnis dieser Erhebung sei gewesen, daß die verlangten Preise - soweit das Angebot mit jenem anderer Barbetriebe vergleichbar gewesen sei - (geringfügig) unter den ortsüblichen Preisen entsprechender konzessionierter Gastgewerbebetriebe gelegen gewesen seien. Von einer Gewinnerzielungsabsicht im Sinn des § 1 Abs. 2 GewO 1973 allein könne daher nicht ausgegangen werden. Aus einer derartigen Preisgestaltung sei somit aber ein vermögensrechtlicher Vorteil für das konsumierende Vereinsmitglied unmittelbar ableitbar, da eine Kostenersparnis gegenüber einer Getränkekonsumation in Barbetrieben mit entsprechender Gewerbeberechtigung vorliege (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Juni 1990, Zl. 90/04/0036).

Auch das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes (Gastgewerbe in der Betriebsart "Bar") liege im gegenständlichen Fall zweifelsfrei vor. So sei die Einrichtung (Bar mit Kaffeemaschine, Bierzapfsäule usw. für ca. 20 Personen, Stehpult, Stehbar mit Hocker, Tanzfläche, Nische mit Spieltisch, etc.) in der Anzeige der Kammer der gewerblichen Wirtschaft vom 5. September "1990" (richtig wohl "1989") und im Erhebungsbericht vom 7. September 1990 dargestellt. Auch die im Berufungsverfahren einvernommenen Zeugen hätten übereinstimmend von einer Einrichtung gehobenen Standards gesprochen. Dem stehe auch die vom Beschwerdeführer angeführte Nutzung der Räumlichkeiten für den Schuhverkauf (tagsüber) nicht entgegen, da jedenfalls abends das Lokal ohne Änderung der Ausstattung vom Verein M für den Getränkeausschank verwendet werde. Auch das Getränkeangebot entspreche von Art und Umfang her (große Auswahl an Spirituosen - mehrere Whisky- und Schnapssorten sowie alkoholische Mixgetränke bis zu Champagner) dem eines konzessionierten Gastgewerbebetriebs in der Betriebsart "Bar" (siehe wiederum obiger Erhebungsbericht vom 7. September 1990). Von einer Versorgung der Mitglieder mit Speis und Trank in einfacher Weise könne daher hier keinesfalls gesprochen werden. Die Vereinstätigkeit des Getränkeausschanks in den kellergeschoßigen Räumlichkeiten des Hauses

X-Platz Nr. 7 stelle somit gemäß § 1 Abs. 6 GewO 1973 eine gastgewerbliche Tätigkeit in der Betriebsart Bar dar. Es möge zwar durchaus der Fall sein, daß der Verein außer dieser Ausschanktätigkeit auch noch andere Aktivitäten - wie vom Obmannstellvertreter bei seiner Zeugeneinvernahme unter Vorlage eines Tätigkeitsberichtes angeführt - entfaltet habe. Der Getränkeausschank in der oben dargestellten Form bleibe aber dessen ungeachtet eine Tätigkeit, für die eine Gastgewerbekonzession zu erwirken gewesen wäre. Die in den Stellungnahmen des Beschwerdeführers immer wieder geforderte Zeugeneinvernahme des Steuerberaters RH habe auch durch die Berufungsbehörde nicht durchgeführt werden können, da der Zeuge trotz mehrerer Ladungstermine jedesmal durch eine Kanzleibedienstete der Behörde ausrichten habe lassen, er sei krankheitshalber verhindert.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer nach seinem gesamten Vorbringen in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung nicht schuldig erkannt und hiefür nicht bestraft zu werden.

In Ausführung dieses Beschwerdepunktes trägt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde stehe auf dem Standpunkt, daß auf Grund der Preisgestaltung ein vermögensrechtlicher Vorteil für das konsumierende Vereinsmitglied unmittelbar abzuleiten sei, da eine Kostenersparnis gegenüber einer Getränkekonsumation in Barbetrieben mit entsprechender Gewerbeberechtigung vorliege. Hiezu sei festzuhalten, daß eine derartige Argumentation wohl die Konstruktion eines Vereines ad absurdum führen würde, da unter diesen Umständen jeder Verein, insbesondere Sportverein, welcher derartige, bei Vereinen durchaus übliche Nebenleistungen erbringe, eine gewerberechtliche Konzession benötigen würde, da wohl gerade der Zweck einer derartigen Nebenleistung sei, daß hiedurch Vereinsmitgliedern das kostengünstigere Konsumieren von einfachen Speisen und Getränken im Rahmen der Vereinstätigkeit ermöglicht werde. Auch würde hiedurch der in den Materialien zu der gegenständlichen Bestimmung der Gewerbeordnung 1973 enthaltene Grundsatz, daß Geselligkeitsvereine jedenfalls dann keiner einschlägigen Gewerbeberechtigung bedürfen, wenn die Mitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkünfte in einfacher Weise mit Speis

und Trank versorgt werden, ebenfalls ad absurdum geführt werden, da schließlich gerade die Verabreichung von Speisen und Getränken in einfacher Weise für die Mitglieder bezüglich des Preises eine beträchtliche Ersparnis und somit einen wirtschaftlichen Vorteil im Vergleich zu entsprechenden Gastgewerbebetrieben mit sich bringen würde.

Weiters werde von der belangten Behörde festgestellt, daß das Erscheinungsbild der Räumlichkeiten dem eines einschlägigen Gewerbebetriebes (Gastgewerbe in der Betriebsart "Bar") entspreche. Richtig werde weiters festgestellt, daß die in der Berufung angeführte Nutzung der Räumlichkeiten für den Schuhverkauf durchaus glaubhaft sei. Weiters entspreche das Getränkeangebot von Art und Umfang her dem eines konzessionierten Gastgewerbebetriebes in der Betriebsart "Bar". Die belangte Behörde sei daher der Ansicht, daß von einer Versorgung der Mitglieder mit Speis und Trank in einfacher Weise nicht gesprochen werden könne. Auch die Tatsache, daß der Verein außer dieser gegenständlichen Ausschanktätigkeit auch noch andere Aktivitäten entfaltet habe, werde von der belangten Behörde zugestanden. Die belangte Behörde sei daher insofern auf die Rechtsrügen in der Berufung und auf die gravierenden Verletzungen von Verfahrensvorschriften, hier vor allem auf die beanstandete vollkommen unschlüssige und unzureichende Begründung, im wesentlichen überhaupt nicht eingegangen. Darüberhinaus habe die belangte Behörde auch ihre eigene Berufungsentscheidung in vollkommen unzureichender Weise bzw. in vollkommen lebensfremder Weise begründet, in wesentlichen Punkten sei die belangte Behörde sogar der Ansicht des Beschwerdeführers gefolgt. Dennoch sei, offensichtlich aus einem Justamentstandpunkt heraus, u.a. festgestellt worden, daß zwar von einer Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 nicht gesprochen werden könne, jedoch eine Preisgestaltung wie im vorliegenden Fall einen vermögensrechtlichen Vorteil für das konsumierende Vereinsmitglied darstelle. Dieser angebliche vermögensrechtliche Vorteil rechtfertige jedoch keinesfalls die Einstufung der Vereinstätigkeit als Gastgewerbebetrieb. Weiters werde nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Zeuge H zum Beweis dafür, daß die Tätigkeit des Vereines nicht auf Gewinn gerichtet sei, sondern vor allem den Vereinsmitgliedern auch keinerlei wirtschaftliche bzw. vermögensrechtliche Vorteile durch die Verabreichung der Getränke im Rahmen des Vereinsbetriebes zukämen, nicht einvernommen worden sei. Es gehe aus dem Bescheid nicht hervor, wieviele Ladungstermine durch den Zeugen nicht befolgt worden seien. Es habe auch offensichtlich keinerlei Überprüfung dahingehend stattgefunden, ob dieser wirklich krankheitshalber verhindert gewesen sei. Die Tatsache, daß dieser möglicherweise krankheitshalber einer Ladung nicht habe Folge leisten können, rechtfertige keinesfalls die Tatsachenfeststellung, daß dieser zu einem wesentlichen Vorbringen des Beschwerdeführers nicht hätte einvernommen werden können.

Die Tätigkeit des Vereines M sei im Hinblick auf eine gastgewerbliche Tätigkeit dieses Vereines von der belangten Behörde rechtlich vollkommen unrichtig beurteilt worden. Der Umstand, daß die Vereinsmitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkunft mit Speis und Trank versorgt werden, stelle für sich allein keinesfalls eine gewerbsmäßige Tätigkeit dar. Jedoch auch dann, wenn man im gegenständlichen Fall davon ausgehen sollte, daß auf den ersten Blick die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines Gastgewerbebetriebes unter Umständen aufweise, liege keinesfalls die zweite vom Gesetz geforderte Voraussetzung, nämlich daß die Tätigkeit auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet sei, vor. Die Vereinstätigkeit diene rein ideellen Zwecken und sei weder auf Gewinn noch auf die Erreichung sonstiger Vorteile ausgerichtet. Es werde auch keinerlei Gewinn oder sonstiger vermögensrechtlicher Vorteil für die Vereinsmitglieder erzielt. Das Argument, daß der Verkauf der Getränke nach dem Kostendeckungsprinzip als vermögensrechtlicher Vorteil für die Vereinsmitglieder anzusehen sei, gehe vollkommen ins Leere, da einerseits auf Grund der Einkaufsmodalitäten die Preise hätten entsprechend bemessen werden müssen, andererseits der Zweck und die Tätigkeit des Vereines in keiner Weise auf eine allfällige Ersparnis bei den Getränken ausgerichtet sei, sondern die Tätigkeit ausschließlich darin bestehe, daß den Mitgliedern die Möglichkeit für eine entsprechende Kommunikation und sinnvolle Freizeitgestaltung geboten werde. Dieser Vereinszweck werde unter anderem dadurch erfüllt, daß den Mitgliedern in den Vereinsräumlichkeiten die Möglichkeit eröffnet werde, sich in entsprechend gediegener Atmosphäre zu unterhalten und entsprechend Kommunikation zu betreiben. Den Mitgliedern stehe auch die Möglichkeit offen, Schach-, Karten- und sonstige Freizeit- und Unterhaltungsspiele zu betreiben. Die Tätigkeit des Vereins sei daher mit englischen Clubs zu vergleichen, wo gleichfalls in gehobener Atmosphäre den Mitgliedern die Möglichkeit zu gesellschaftlichen "Treffs" geboten werde. Darüberhinaus würden vom Verein auch laufend Veranstaltungen und Ausflugsfahrten organisiert (Lichtbildvorträge, Modeschauen, Ausflüge, etc.). Es werde also ein reges Vereinsleben geführt. Die Verabreichung von Getränken an die Mitglieder stelle daher eine vollkommen untergeordnete Nebenleistung dar. So werde schließlich auch bei jedem gutgeführten und exklusiven Sportverein, insbesondere Golfclub, Tennisclub, etc. eine derartige Nebenleistung erbracht. Wenn man in der

Verabreichung von Getränken an Vereinsmitglieder bereits grundsätzlich eine auf die Schaffung vermögensrechtlicher Vorteile gerichtete Tätigkeit erblicken würde, würde wohl jeder Sportverein, Golfclub, Geselligkeitsverein, etc. einer Gastgewerbekonzession bedürfen. Gerade der in den Materialien zu der gegenständlichen Bestimmung der Gewerbeordnung enthaltene Grundsatz, daß Geselligkeitsvereine jedenfalls dann keiner einschlägigen Gewerbeberechtigung bedürfen, wenn die Mitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkünfte in einfacher Weise mit Speis und Trank versorgt werden, würde hiedurch ad absurdum geführt werden. Schließlich bringe gerade diese Verabreichung von Speisen und Getränken in einfacher Weise für die Mitglieder bezüglich des Preises immer eine beträchtliche Ersparnis und somit einen wirtschaftlichen Vorteil im Vergleich zu entsprechenden Gastgewerbebetrieben mit sich. Auf diese maßgeblichen Sachverhaltselemente sei in der rechtlichen Beurteilung überhaupt nicht näher eingegangen worden bzw. sei der Sachverhalt dahingehend überhaupt nicht ermittelt worden.

Die weiteren Beschwerdeausführungen betreffen die Strafbemessung.

Das Beschwerdevorbringen ist im Ergebnis stichhältig.

Gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1975 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 50.000,- zu bestrafen ist, wer ... 2. ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) ohne die erforderliche Konzession ausübt.

Nach § 1 Abs. 2 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.

Zufolge Abs. 6 dieser Gesetzesstelle liegt bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 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.

Die Umschreibung der von der belangten Behörde als erwiesen angenommenen Tat hat die Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für die "Verabreichung" (in der Terminologie des § 198 GewO 1973 den "Ausschank") von Getränken in der Zeit vom 14. Juni 1989 bis 27. Dezember 1989 zum Gegenstand. In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird als Beweismittel der Erhebungsbericht vom 17. September 1990 angeführt. Die belangte Behörde sah davon ab, im angefochtenen Bescheid den Inhalt dieses Erhebungsberichtes darzustellen. Sie begnügte sich vielmehr mit dem als Schlußfolgerung formulierten Nebensatz, "daß die verlangten Preise - soweit das Angebot mit jenem anderer Barbetriebe vergleichbar war - (geringfügig) unter den ortsüblichen Preisen entsprechender konzessionierter Gastgewerbebetriebe lagen", ohne den als Anknüpfungspunkt für diese Auffassung herangezogenen Sachverhalt darzustellen. Was die Verabreichung von Getränken durch den Verein M anlangt, wurde in den Beilagen zum Erhebungsbericht vom 17. September 1990 als Erhebungstag der 10. Juli 1990, also ein ein gutes halbes Jahr nach dem Ende der angenommenen Tatzeit gelegener Tag, angeführt. In der Spalte "Erhebungsdatum" wurde in den mit "vergleichbare Barbetriebe" bezeichneten Beilage als "Erhebungsdatum" das Jahr 1990 bezeichnet. Der Verwaltungsgerichtshof vermag solcherart nicht zu erkennen, daß die belangte Behörde auf dem Boden des Erhebungsberichtes vom 7. September 1990 den für die angenommene Tatzeit maßgebenden Sachverhalt hätte feststellen können.

In den Akten des Verwaltungsstrafverfahrens erliegt auch ein Erhebungsbericht vom 4. Juli 1989, auf den allerdings nicht Bezug genommen wurde und der, da Vergleichspreise bezogen auf den damaligen Erhebungszeitpunkt nicht angeführt wurden, auch keine Grundlage für die Beurteilung darstellen konnte, inwiefern der Ausschank von Getränken auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet gewesen sei.

Mangels entsprechender, auf die angenommene Tatzeit bezogener Feststellungen bedarf der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung

BGBl. Nr. 104/1991. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft das Begehren auf Ersatz von "Barauslagen" (siehe hiezu den "Barauslagen" betreffenden Tatbestand in § 48 Abs. 1 Z. 1 VwGG).

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1991040044.X00

**Im RIS seit**

05.11.1991

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at