

TE Vwgh Erkenntnis 1991/3/19 90/04/0130

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.03.1991

Index

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1973 §1 Abs2 idF 1988/399;

GewO 1973 §1 Abs5 idF 1988/399;

GewO 1973 §1 Abs6 idF 1988/399;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Weiss und DDr. Jakusch als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde des N gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 27. Februar 1990, Zl. Ila-90.012/3-90, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt :

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 27. Februar 1990 wurde der Beschwerdeführer im Verwaltungsrechtszug schuldig erkannt, er habe es als Obmann des Vereins "A" und somit als im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG 1950 satzungsgemäß zur Vertretung nach außen berufenes Organ zu verantworten, daß durch den Verein in der Zeit vom 1. Februar 1988 bis 25. Oktober 1989 in Innsbruck, X-Gasse 18, das konzessionierte Gastgewerbe durch die Verabreichung von kleinen Imbissen, durch den Ausschank von alkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen sowie durch den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen ausgeübt worden sei, ohne daß der Verein über eine hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung im Sinne des § 189 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1973 verfügt habe, und dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit § 189 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1973 und § 9 VStG 1950 begangen.

Zur Begründung wurde ausgeführt, auf Grund mehrerer behördlicher Überprüfungen (Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 26. Jänner 1988, Städtisches Erhebungamt vom 20. April 1988, Städtisches Erhebungamt vom 25. Oktober 1989) sei festgestellt worden, daß im Vereinslokal seit zumindest 1. Februar 1988 Getränke und Speisen an Vereinsmitglieder und deren Angehörige abgegeben würden. Das Vereinslokal sei täglich in der Zeit von ca. 11.00 Uhr

bis 21.00 Uhr geöffnet. Es bestehe aus zwei getrennten Räumen im Ausmaß von jeweils ca. 20 m², die mit sieben Tischen und ca. 30 Sitzgelegenheiten ausgestattet seien. Das Vereinslokal sei nach außen hin mit dem Vereinsnamen in türkischer Sprache angekündigt. Sowohl die Getränke (Bier, Cola, Kaffee, Tee), als auch kleine Imbisse (Käsetoast, faschierte Laibchen) würden gegen ein fixes Entgelt ausgeschenkt bzw. verabreicht, wobei der Verkaufspreis jeweils über dem Einkaufspreis liege. Der mit dieser Tätigkeit erzielte Ertrag werde zur Bezahlung der Unkosten, wie z.B. Miete (monatlich S 8.000,--), Heizungs- und Stromkosten, sowie "Getränkesteuerabgaben" usw. verwendet. Weiter verbleibende Geldmittel würden zur Aufrechterhaltung der Vereinsaktivitäten (Anschaffung von Sportbekleidung, Bezahlung von Platzmieten und Reisekosten) verwendet. Der Verein besitze keine Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes gemäß § 189 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1973. "Auf Grund" der Ermittlungsergebnisse sei dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegeben worden. In dieser habe er ausgeführt, daß im Vereinslokal lediglich Getränke an Vereinsmitglieder oder allenfalls deren Angehörige abgegeben werden würden, wobei der kalkulierte Preis an der untersten Grenze des Möglichen angesetzt sei und allfällige Erlöse aus dem Getränkeverkauf kaum ausreichen würden, um die anfallenden Betriebskosten (Strom, Heizung etc.) zu decken. Das Vereinslokal sei sowohl wochentags, als auch am Wochenende für Mitglieder geöffnet, um diesen einen Aufenthalt in Innsbruck gewähren zu können, und werde hiebei abwechselnd von verschiedenen Vereinsmitgliedern beaufsichtigt. Die Öffnungszeiten wären im Durchschnitt ca. 11.00 Uhr vormittags bis 20.00 Uhr oder 21.00 Uhr abends. Im übrigen würde der Verein auf Grund hoher Ablösezahlungen und einer hohen Mietbelastung (über S 8000,-- monatlich) mit S 30.000,-- bis S 40.000,-- belastet sein und es würde daher der Vorwurf, es würde das Gastgewerbe ausgeübt werden, ins Leere gehen, da durch den Vereinsbetrieb zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt ausschließlich eine negative finanzielle Gebarung zustandekomme. Im vorliegenden Fall könne als erwiesen festgestellt werden, daß der aus dem Verkauf der verabreichten Getränke und Speisen gewonnene Ertrag zur Abdeckung der Kosten für die Miete des Vereinslokales, der Betriebskosten sowie weiters auflaufender Kosten für die Miete der Plätze bzw. die Nenngelder für Turniere oder Anschaffung von Dressen verwendet werde. Dies ergebe sich einerseits aus den Erhebungsberichten, andererseits aus der Aussage des Beschwerdeführers selbst im Rahmen seiner Rechtfertigung vor der erstinstanzlichen Behörde bzw. den Ausführungen in der Berufungsschrift. Der aus der Gastgewerbetätigkeit gewonnene Ertrag werde somit nicht nur zur Deckung derjenigen Kosten verwendet, die eben aus dieser Gastgewerbetätigkeit entstünden, sondern darüber hinaus auch noch zur Verminderung des Gesamtaufwandes des Vereines. Dem Berufungsvorbringen sei entgegenzuhalten, daß nicht jeder Tätigkeit, deren Erträge der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereines dienten, schon allein im Hinblick auf diese Eigenschaft die Gewerbsmäßigkeit fehle. Der Auffassung des Beschwerdeführers, daß Vereine, bei denen wirtschaftliche Vorteile lediglich als Nebeneffekt im Vergleich zur eigentlichen Vereinstätigkeit auftreten, von der Bestimmung des "§ 6 Abs. 1" (richtig wohl "§ 1 Abs. 6") GewO 1973, in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1988, nicht erfaßt seien, könne nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer stütze sich darauf, daß im gegenständlichen Fall das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes nicht vorliege und damit eine Gewerbeberechtigung nicht erforderlich sei. Begründet werde dies mit den geringen Preisen sowie der kurzen Öffnungszeit. Hiezu sei festzuhalten, daß die kaufmännische Gebarung bzw. die Berücksichtigung der allgemein inflationär bedingten Preissteigerung in gegegenständlichem Fall bedeutungslos sei, da die Verkaufspreise nach wie vor die Einkaufspreise um einiges überstiegen. Weiters habe der Beschwerdeführer in seiner Verantwortung vor der erstinstanzlichen Behörde selbst angegeben, daß gegenständliches Lokal täglich, auch an den Wochenenden, von 11.00 Uhr vormittags bis ca. 20.00 Uhr oder 21.00 Uhr abends geöffnet sei. Als weiteres Charakteristikum eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes könnten sicherlich auch die fixen Preise angesehen werden, welche unabhängig davon, ob es sich um Mitglieder oder deren Angehörige handle, verrechnet würden. Auch habe es der Beschwerdeführer unbestritten gelassen, daß das Vereinslokal nicht nur Mitgliedern, sondern auch außenstehenden Personen zugänglich sei. Dies führe zur Schlußfolgerung, daß das Vereinslokal die Charakteristik eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes aufweise und die Ausführungen des Beschwerdeführers widerlegt seien. Zur weiteren Verantwortung des Beschwerdeführers, wonach es verfehlt sei, eine Gewinnabsicht deshalb anzunehmen, weil der Ertrag aus dem Getränkeverkauf mittelbar den Mitgliedern zugeflossen wäre, sei zu betonen, daß auch bezüglich dieses Punktes der Ansicht der erstinstanzlichen Behörde beizupflichten sei. Den Mitgliedern des Vereines fließe nämlich insofern der aus der gegenständlichen Gastgewerbetätigkeit gewonnene Ertrag umittelbar zu, als einerseits ein wirtschaftlicher Vorteil dadurch verschafft werde, daß Leistungen angeboten und auch erbracht worden seien, die üblicherweise bei den hiezu beugten Gewerbetreibenden auf Grund der allein schon durch die Verpflichtung zur Leistung öffentlicher Abgaben geänderten Kalkulationsvoraussetzungen nicht so

kostengünstig angeboten werden könnten. Andererseits liege der mittelbare Ertrag darin, daß, wie vom Beschwerdeführer selbst ausgeführt, dieser Ertrag unter anderem dazu verwendet werde, daß die durch die hohen Ablösezahlungen für das Vereinslokal vorhandenen Belastungen des Vereins (Größenordnung S 30.000,-- bis S 40.000,--) vermindert werden sollten. Es möge zwar richtig sein, daß durch das bloße Ermöglichen des Fußballspiels die Vereinsmitglieder keinen mittelbaren oder unmittelbaren vermögensrechtlichen Vorteil im Sinne des Gesetzes erlangten, man könne jedoch nicht die Verwendung eines aus einer Gastgewerbetätigkeit erwirtschafteten Ertrages zur Abdeckung von Ablösezahlungen, Betriebskosten usw. als schlichtes "Ermöglichen des Fußballspiels" bezeichnen. Zum weiteren Vorwurf des Beschwerdeführers, wonach durch die niederschriftliche Einvernahme des N am 23. November 1989 und durch die niederschriftliche Einvernahme des M am 14. Dezember 1989 ohne Beziehung eines Dolmetschers sowohl § 39 als auch § 37 AVG 1950 verletzt worden wären, sei festzuhalten, daß sich sämtliche Sachverhaltsfeststellungen als auch die Beweiswürdigung nicht auf diese beiden Niederschriften, sondern auf die übrigen im Akt befindlichen Ermittlungsberichte und Aussagen des Berufungswerbers stützen. So sei der Berufungswerber bereits am 21. Juni 1988 und am 23. November 1989 vor der erstinstanzlichen Behörde einvernommen worden und habe anläßlich dieser Einvernahmen keineswegs angeführt, eines Dolmetschers zu bedürfen und der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. Es ergebe sich somit, daß der Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 in objektiver Hinsicht verwirklicht worden sei. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite sei ebenfalls auf die Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde zu verweisen, wonach es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG 1950 handle und der Beschwerdeführer, um straffrei zu bleiben, glaubhaft machen hätte müssen, daß ihn an einer Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden treffe. Derartige Gründe habe der Beschwerdeführer jedoch nicht geltend gemacht. Als Verschuldensform sei daher Fahrlässigkeit anzunehmen. Dem Einwand des Beschwerdeführers, daß er durch Nichtbeziehung eines Dolmetschers keine Gelegenheit gehabt habe, den Beweis seiner Unschuld zu erbringen, müsse entgegengehalten werden, daß dem Beschwerdeführer zweimal, und zwar am 21. Juni 1988 sowie am 23. November 1989, die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei und er in beiden Fällen der deutschen Sprache mächtig gewesen sei und nicht erwähnt habe, eines Dolmetschers zu bedürfen. Auch habe er in beiden Fällen eine Rechtfertigung abgegeben und diese jeweils eigenhändig unterfertigt.

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 in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage der Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 nicht schuldig erkannt und nicht bestraft zu werden. Er trägt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes vor, bereits in der Berufung gegen das erstbehördliche Straferkenntnis sei ausgeführt worden, daß das erstinstanzliche Verfahren deswegen mangelhaft sei, weil entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 39a AVG 1950 der Beschwerdeführer am 23. November 1989 und M am 14. Dezember 1989 ohne Beziehung eines Dolmetschers einvernommen worden seien, was dazu geführt habe, daß die bezeichneten Personen ausdrücklich zu Protokoll gegeben hätten, daß sie nicht sicher seien, alles richtig verstanden zu haben bzw. daß alles seitens der Behörde richtig verstanden worden sei. Dadurch sei nicht nur die ausdrückliche Bestimmung des § 39a AVG 1950 verletzt worden, sondern es liege darüber hinaus auch ein Verstoß gegen § 37 AVG 1950 vor. Das in dieser Bestimmung normierte Recht der Partei auf Gehör im Verfahren beinhaltet einerseits die Kenntnisnahme des Sachverhaltes, darüber hinaus aber auch das Recht der Partei, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen und allenfalls ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen. Aufgrund der mangelnden Deutschkenntnisse des Beschwerdeführers sei dieser jedoch nicht in der Lage gewesen, ohne Hinzuziehung eines Dolmetschers das ihm zustehende Recht auf Gehör im Verfahren in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise wahrzunehmen. Aufgrund dieses Berufungsvorbringens wäre die belangte Behörde verpflichtet gewesen, durch geeignete Maßnahmen zu überprüfen, ob der Beschwerdeführer der deutschen Sprache ausreichend mächtig sei, um auch ohne Hinzuziehung eines Dolmetschers ein gesetzlich normiertes Recht auf Parteiengehör in ausreichendem Maße wahrzunehmen. Dieser Verpflichtung sei die belangte Behörde nicht nachgekommen, vielmehr sei im angefochtenen Bescheid zur Entkräftigung dieses Vorwurfs ausgeführt worden, daß sämtliche Sachverhaltsfeststellungen sich nicht auf die fraglichen niederschriftlichen Einvernahmen, sondern auf die

übrigen im Akt befindlichen Ermittlungsberichte und Aussagen des Beschwerdeführers stützten. Abgesehen davon, daß es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankomme, ob der Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 verwirklicht worden sei oder nicht, gehe die angeführte Begründung am Berufungsvorbringen vorbei. Bejahe man nämlich das Recht des Beschwerdeführers auf umfassendes Parteiengehör, was, wie erwähnt, auch beinhalte, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen und Tatsachenbehauptungen aufzustellen, so werde diesem Recht nur dann entsprochen, wenn sichergestellt sei, daß die Partei in umfassender Weise von dem gegen sie bestehenden Vorwurf informiert sei und dazu in ebenso umfassender Weise Stellung nehmen könne, ohne daß ihr durch ihre mangelhafte Kennntnis der deutschen Sprache Nachteile erwachsen. Unbeachtlich müsse in diesem Zusammenhang bleiben, ob der Beschwerdeführer schon anlässlich seiner ersten Einvernahme die Beziehung eines Dolmetschers ausdrücklich verlangt habe oder nicht, wobei zudem auch unzutreffend sei, daß der Beschwerdeführer auch am 23. November 1989 nicht erklärt hätte, nicht sicher zu sein, alles richtig verstanden zu haben, wie im angefochtenen Bescheid auf Seite 11 oben angeführt sei. Wäre der Beschwerdeführer in der Lage gewesen, sein Recht auf Gehör durch Beziehung eines Dolmetschers in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise auszuüben, so hätte er darauf hingewiesen, daß die Öffnungszeiten des Vereinslokals durchaus differierten und davon abhingen, in welchem Zeitraum die Vereinsmitglieder dem Vereinszweck nachgehen. Im Zusammenhang mit dem Erhebungsergebnis der Bundespolizeidirektion Innsbruck, welches im Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck mit keinem Wort erwähnt werde, was ebenfalls eine Mängelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens darstelle, wäre dieses Vorbringen durchaus geeignet gewesen, dem gegenständlichen Vereinslokal die Charakteristik eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes abzusprechen, also eine andere Entscheidung der Behörde herbeizuführen. Da die belangte Behörde ihrer aufgrund der Verfahrensvorschriften bestehenden Verpflichtung, den Sachverhalt vollständig zu erheben, nicht nachgekommen und in ihrer Entscheidung inhaltlich an dem geltend gemachten Berufungsgrund vorbeigegangen sei, sei auch dieses Verfahren nicht zuletzt auch aufgrund unvollständiger Sachverhaltsfeststellung mängelhaft geblieben und hätte die belangte Behörde andernfalls zu einer anderen Entscheidung kommen können.

Ohne weitere Beweiserhebungen bzw. Beweisergänzungen hätte die belangte Behörde jedenfalls keinen Bescheid erlassen dürfen, weil das Verfahren in erster Instanz mängelhaft gewesen sei und zudem weitere Feststellungen dahingehend hätten getroffen werden müssen, daß das Vereinslokal äußerst unregelmäßige Öffnungszeiten, diese in Korrespondenz mit dem Mitgliederinteresse, aufweist.

Im angefochtenen Bescheid sei festgestellt worden, daß bei dem gegenständlichen Vereinslokal die Charakteristik eines einschlägigen Gastgewerbebetriebes gegeben sei, da die Verkaufspreise nach wie vor die Einkaufspreise um einiges übersteigen würden, wodurch durch das Entgelt nicht ausschließlich jene Kosten gedeckt würden, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit entstünden, aus der der Ertrag fließe, und da in dem Vereinslokal, das nicht nur Mitgliedern, sondern auch außenstehenden Personen zugänglich sei, Speisen und Getränke zu fixen Preisen verkauft würden. Eine Gewinnabsicht sei gegeben, weil den Mitgliedern ein wirtschaftlicher Vorteil dadurch verschafft werde, daß ihnen Leistungen angeboten und erbracht worden seien, die üblicherweise nicht so kostengünstig angeboten werden könnten und außerdem der mittelbare Ertrag unter anderem dazu verwendet werde, daß die Belastungen des Vereines vermindert werden sollten. Diese Entscheidung der belangten Behörde fuße auf einer falschen Rechtsauslegung.

Im Bericht des Handelsausschusses zur
Gewerberechtsnovelle 1988, Nr. 690 der Beilagen zu den
sten. Prot. des Nationalrates XVII. GP, werde ausführlich
dargelegt, "daß zahlreiche Vereine nach dem Vereinsgesetz 1951
existieren, deren Tätigkeit insgesamt zwar den Mitgliedern
gewisse wirtschaftliche Vorteile verschafft. Die
wirtschaftlichen Vorteile treten jedoch bei diesen Vereinen
gleichsam nur als Nebeneffekt einer Tätigkeit auf, der im
übrigen keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Verfolgung

und der Pflege des Vereinszweckes zukommt. Diese Vereine sollen durch die Regelung des § 1 Abs. 6 nicht erfaßt werden, da für sie charakteristisch ist, daß sie nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweisen ... Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes wird hingegen dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern ... Leistungen anbietet und 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. Hiebei 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 Gewerbebetrieben ausgeübten Tätigkeiten dem Publikum gegenüber präsentiert".

Diese auch schon in der Berufung gegen das erstbehördliche Straferkenntnis enthaltenen Ausführungen stellten also nicht lediglich die Meinung des Beschwerdeführers dar, wie die belangte Behörde vermeine, sondern ergäben sich aus dem vorzitierten Bericht des Handelsausschusses. Die belangte Behörde habe es unterlassen, zur Beurteilung der Frage, ob das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes bei dem gegenständlichen Vereinslokal verwirklicht sei, ausreichende Erhebungen durchzuführen und detaillierte Feststellungen zu treffen. Schon allein aufgrund des Erhebungsergebnisses der Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 26. Jänner 1988 hätten detailliertere Erhebungen darüber angestellt werden müssen, ob sich der Verein dem Publikum gegenüber als Gastgewerbebetrieb präsentiere. Im Bericht des Handelsausschusses werde ausdrücklich verwiesen, daß Geselligkeitsvereine, Jugendclubs und andere keiner einschlägigen Gewerbeberechtigung bedürften, wenn die Mitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkünfte in einfacher Weise mit Speis und Trank versorgt werden. Die Ansicht der belangten Behörde, lediglich aufgrund der Tatsache, daß die Verkaufspreise die Einkaufspreise überstiegen - wobei nochmals darauf hingewiesen werde, daß die Verkaufspreise weit unter den üblichen Verkaufspreisen eines einschlägigen Gewerbebetriebes liegen - sei beim gegenständlichen Vereinslokal das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes zu bejahen, sei daher falsch. Aber auch die Ansicht der belangten Behörde, daß eine Gewinnerzielungsabsicht zu bejahen sei, sei unrichtig.

Einerseits habe der Verwaltungsgerichtshof nämlich ausgesprochen, daß für den Bereich der nicht auf Gewinn berechneten Vereine Gewinnerzielungsabsicht nicht darin liegen könne, daß den Mitgliedern einer Personenvereinigung eine Kostenersparnis zugute kommt (siehe hiezu das Erkenntnis vom 15. April 1958, Slg. NF Nr. 4634/A), weshalb der Ansicht der belangten Behörde, Gewinnerzielungsabsicht liege deshalb vor, weil den Mitgliedern des Vereines Speisen und Getränke verbilligt angeboten würden, der Boden entzogen sei. Andererseits könne nicht gesagt werden, daß der Ertrag aus dem Getränkeverkauf mittelbar den Mitgliedern dadurch zugeflossen wäre, daß durch den Ertrag die Belastungen des Vereins selbst vermindert werden sollten. Vielmehr ergebe sich ja gerade daraus, daß nämlich der vorhandene Erlös die zur Erzielung des Vereinszweckes entstehenden finanziellen Belastungen mindern solle, daß den Mitgliedern des Vereins keinerlei finanzielle Mittel, sei es verdeckt oder unverdeckt, zuflössen. Zusammenfassend könne also gesagt werden, daß sicherlich zutreffe, daß hinsichtlich der im Vereinslokal verkauften Speisen und Getränke der Einstandspreis niedriger als der Verkaufspreis sei. Mit der daraus resultierenden Differenz würden aber vorerst einmal die damit in Zusammenhang stehenden Kosten wie Miete, Betriebskosten etc. bezahlt. Es könne also nicht von einem Gewinn gesprochen werden. Mit dem Rest würden die mit der Erzielung des Vereinszweckes ebenfalls im Zusammenhang stehenden Kosten für Platzmieten, Dressen, etc. zumindest teilweise abgedeckt. Auch hier könne daher nicht gesagt werden, daß den Vereinsmitgliedern ein Ertrag zufließe. Vor allem sei jedoch das gegenständliche Vereinslokal nicht zu vergleichen mit anderen einschlägigen Gewerbebetrieben. So vor allem hinsichtlich der durchaus unregelmäßigen Öffnungszeiten, des stark eingeschränkten Angebotes von Speisen und Getränken, wobei Speisen, nämlich Toasts und faschierte Laibchen, nur fallweise bei Bedarf zubereitet würden. Darüber hinaus gebe es keine Speisekarte und es vermittele das Lokal eher den Eindruck eines Familientreffpunktes. Dem gegenüber zeichne sich ein einschlägiger Gewerbebetrieb doch vor allem durch das ständige Angebot einer bestimmten Palette von Speisen und Getränken während genau vorgeschriebener Zeiten aus. Bei diesem Sachverhalt hätte die belangte Behörde eine Gewerbsmäßigkeit niemals annehmen dürfen. Abschließend

wird in der vorliegenden Beschwerde die Auffassung vertreten, daß die belangte Behörde lediglich das erstinstanzliche Straferkenntnis zur Gänze in den angefochtenen Bescheid übernommen und sich ebensowenig wie die Erstbehörde mit den durchaus widersprüchlichen Beweisergebnissen befaßt habe.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe zu bestrafen ist, wer ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) ohne die erforderliche Konzession ausübt.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1973, in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1988, wird eine Tätigkeit dann 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 nach dem durch die Gewerberechtsnovelle 1988 dieser Bestimmung angefügten zweiten Halbsatz 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.

Nach § 1 Abs. 5 leg.cit. liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

Zufolge des durch die Gewerberechtsnovelle 1988 dem § 1 angefügten Abs. 6 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.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle 1988 in ständiger Rechtsprechung dargetan hat, erweist "Entgelt" allein noch nicht, daß mit der Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil herbeigeführt werden soll, die Betätigung also in Gewinnabsicht unternommen wird. Im besonderen wird das dann nicht zutreffen, wenn durch das Entgelt nur die - damit im Zusammenhang stehenden - Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen. Ob die dieser Absicht der Kostendeckung dienende Gebarung eine kaufmännische ist, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem nach dem Vereinsgesetz 1951 konstituierten Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, kommt es (schon nach der Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle 1988) nicht darauf an, inwieweit der Verein nach dem Vereinsgesetz und nach seinen Statuten befugt ist, Tätigkeiten in der Absicht auszuüben, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, sondern darauf, inwieweit eine solche Absicht tatsächlich besteht. 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 durch Leistungen der Mitglieder oder durch Spenden lediglich in der Höhe der aus der Verwirklichung der ideellen Vereinszwecke zwangsläufig erwachsenden Auslagen zu erzielen, so handelt es sich zwar einerseits um ein Bestreben, das von der Absicht "einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen" zu unterscheiden ist, doch mangelt aber andererseits auch nicht jeder Tätigkeit, deren Erträge der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereins dienen, schon etwa allein im Hinblick auf diese Eigenschaft die Gewerbsmäßigkeit.

An dieser Rechtslage hat sich durch die Gewerberechtsnovelle 1988 zu Gunsten des Beschwerdeführers nichts geändert (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. Februar 1990, Zl. 89/04/0186).

Die von der belangten Behörde (in Verbindung mit dem erstbehördlichen Straferkenntnis) festgestellte Tatzeit erstreckt sich vom 1. Februar 1988 bis zum 25. Oktober 1989, das heißt, sie liegt zum Teil im zeitlichen Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1973 in ihrer Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1988, zum Teil hingegen, nämlich seit dem 1. Jänner 1989, im zeitlichen Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1988. Die mit dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1988 mit 1. Jänner 1989 eingetretene Rechtsänderung hatte auf die Strafbarkeit der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Tat allerdings aus folgendem Grund keinen Einfluß:

In der gegen das erstbehördliche Straferkenntnis erhobenen Berufung hatte der Beschwerdeführer vorgebracht, "daß im gegenständlichen Fall Einnahmen eben auch zur Aufbringung der Mieten für Plätze bzw. der Nenngelder für Turniere oder Anschaffung von Dressen verwendet wurden, allenfalls auch zur Betreuung von Gastmannschaften".

Dementsprechend wurde im angefochtenen Bescheid festgestellt, "daß der aus dem Verkauf der verabreichten Getränke und Speisen gewonnene Ertrag zur Abdeckung der Kosten für die Miete des Vereinslokales, der Betriebskosten sowie weiters auflaufender Kosten für die Miete der Plätze bzw. der Nenngelder für Turniere oder Anschaffung von Dressen verwendet wird. Dies ergibt sich ... aus ... den Ausführungen in der Berufungsschrift". Daß die belangte Behörde eine auf eine solche Verwendung der Einnahmen gerichtete Absicht im angefochtenen Bescheid als maßgebenden Sachverhalt feststellen durfte, wird auch in der vorliegenden Beschwerde bestätigt, wo es heißt: "... Mit dem Rest werden die mit der Erzielung des Vereinszweckes ebenfalls im Zusammenhang stehenden Kosten für Platzmieten, Dressen etc. zumindest teilweise abgedeckt." Darüber hinaus meint der Beschwerdeführer in der vorliegenden Beschwerde, er hätte, wäre ein Dolmetscher beigezogen worden, darauf hingewiesen, daß die Öffnungszeiten des Vereinslokals differiert hätten und davon abgehängen seien, in welchem Zeitraum die Vereinsmitglieder dem Vereinszweck nachgehen. Diesem Beschwerdevorbringen ist allerdings entgegenzuhalten, daß die belangte Behörde der hier angeschnittenen Frage der Öffnungszeiten in Ansehung der Frage des Vorliegens einer auf Gewinnerzielung gerichteten Absicht im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 im Zusammenhang mit dem vorstehend angeführten Zugeständnis in der Berufung keine rechtliche Relevanz beizumessen hatte. Daß der Beschwerdeführer im Fall der Beiziehung eines Dolmetschers noch weiteres vorzubringen beabsichtigt hätte, behauptet selbst der Beschwerdeführer nicht. Im gegebenen Zusammenhang ist in der Unterlassung der Beziehung eines Dolmetschers daher kein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides zu führen hätte, zu erblicken. Der Verwaltungsgerichtshof vermag auch nicht zu erkennen, daß die belangte Behörde den in Rede stehenden Sachverhalt im Hinblick auf den Erhebungsbericht der Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 26. Jänner 1988 nicht als erwiesen hätte annehmen dürfen. Es war somit nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde davon ausging, daß die - selbständig und regelmäßig - ausgeübte Bewirtung darauf angelegt war, die daraus gezogenen Einnahmen nicht nur zur Deckung der damit im Zusammenhang stehenden Unkosten, sondern auch zur zumindest teilweisen Deckung der Ausgaben eines anderen Bereiches der Vereinstätigkeit, nämlich etwa zur Begleichung von Platzmieten und der Anschaffung von Dressen, zu verwenden. Solcherart durfte die belangte Behörde weiters die rechtliche Beurteilung dahin vornehmen, daß die Absicht bestanden hatte, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für den Verein selbst zu erzielen, und in dieser Hinsicht die Erfüllung des betreffenden Tatbestandsmerkmals des § 1 Abs. 2 leg.cit - unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder, das heißt somit unabhängig von den mit den Worten "auch dann" versehenen Regelungen des § 1 Abs. 5 und 6 GewO 1973 - bejahen.

Da in Ansehung dieses Sachverhaltes und seiner rechtlichen Beurteilung keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides festzustellen ist, vermag der Beschwerdeführer mit seinem auf das in § 1 Abs. 6 GewO 1973 vorgesehene Tatbestandsmerkmal des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes abgestellten und auf die zu dieser Bestimmung im Bericht des Handelsausschusses zur Gewerberechtsnovelle 1988, 690 der Beilagen zu den sten. Prot. NR XVII. GP., enthaltenen Ausführungen hinweisenden Beschwerdevorbringen (betreffend die Präsentation dem Publikum gegenüber und die lediglich mit dem Nebeneffekt gewisser wirtschaftlicher Vorteile verbundene Verfolgung und Pflege des Vereinszweckes) keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

Schließlich vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen, daß die belangte Behörde im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG 1950 Anhaltspunkte dafür gehabt hätte, daß den Beschwerdeführer an der festgestellten Verletzung der Verwaltungsvorschrift des § 366 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit § 189 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1973 und § 9 VStG 1950 kein Verschulden getroffen hätte. In der vorliegenden Beschwerde wird auch kein Vorbringen dahin erstattet, daß die belangte Behörde derartige Anhaltspunkte gewinnen hätte können, wenn sie dem Verwaltungsstrafverfahren einen Dolmetscher beigezogen hätte.

Die vorliegende Beschwerde erweist sich somit zur Gänze als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1991:1990040130.X00

Im RIS seit

19.03.1991

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

© 2026 JUSLINE

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