

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/2/6 89/04/0186

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.02.1990

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §1 Abs2 idF 1988/399;

GewO 1973 §1 Abs2;

GewO 1973 §1 Abs5;

GewO 1973 §1 Abs6 idF 1988/399;

GewO 1973 §367 Z5;

VStG §44a lit a;

VStG §44a Z1;

## Betreff

N gegen Landeshauptmann von Oberösterreich vom 20. Juli 1989, Zl. Ge-41.392/1-1989/Kut/Kai, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 20. Juli 1989, wurde der Beschwerdeführer als Obmann und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher des "A-Clubs" mit dem Sitz in X einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 schuldig erkannt und nach dieser Gesetzesstelle über ihn eine Geldstrafe (Ersatzarreststrafe) verhängt, weil der "A-Club" mit dem Sitz in X vom 25. Oktober 1988 bis 18. Jänner 1989 und in der Nacht vom 28. Jänner 1989 bis 29. Jänner 1989 ab 20.00 Uhr im Standort Y5, X, durch den gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken und die gewerbsmäßige Verabreichung von Speisen das konzessionierte Gastgewerbe ohne die erforderliche Konzession ausgeübt habe. So seien im angeführten Zeitraum unter anderem folgende Getränke

ausgeschenkt und Speisen verabreicht worden: Grillteller zum

Preis von S 78,-, Berner Würstel zum Preis von S 48,-, Bier vom Faß (0,5 l Kaiser Märzen) zum Preis von S 15,-,

Schloßgold (alkoholfrei) zum Preis von S 17,- etc. Zur Begründung führte der Landeshauptmann nach Darstellung des Berufungsvorbringens des Beschwerdeführers aus, es sei aktenkundig, daß der A-Club in X, Y, eine Konzession zur Ausübung des Gastgewerbes nicht besitze. Gemäß § 13 der Statuten dieses Vereines führe der Obmann die Geschäfte und vertrete diesen nach außen. Gemäß § 9 VStG 1950 sei daher der Beschwerdeführer als Obmann für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Dieser Sachverhalt werde vom Beschwerdeführer weder im erstbehördlichen noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt. Der genannte Verein habe im Tatzeitraum gegen Entgelt Speisen verabreicht und Getränke ausgeschenkt. Bereits im erstbehördlichen Verfahren sei festgestellt worden, die Tätigkeit dieses Vereines weise das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes im Sinne des § 1 Abs. 6 GewO 1973 auf, weil das Vereinslokal, ähnlich einem Gasthof, aus einer Großküche, mehreren Gasträumen, wie Cafe, etc. ausgestattet sei. Desgleichen würden mittels in Lederimitation gehaltenen Speisen- und Getränkekarten alle Speisen und Getränke angeboten, die in einem vergleichbaren Gastgewerbebetrieb präsentiert würden. Auf Grund der vorgelegten Speisen- und Getränkekarten und der darin aufgezählten Preise für Speisen und Getränke habe die Erstbehörde mit Recht angenommen, daß diese Tätigkeit auf Erlangen vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet sei. Der Berufsweber stelle nicht in Abrede, daß die von den Vereinsmitgliedern zu entrichtenden Preise für Speisen und Getränke nicht nur im Selbstkostenpreis bestünden, sondern auch in einem Kostenbeitrag für die sonstigen Tätigkeiten des Vereines und die damit verbundenen Auslagen. Bereits am 25. Oktober 1988 habe der genannte Verein mittels einer Postwurfsendung in den Gemeinden X, M, N, O, P, Q seine Tätigkeit einem breiten Publikum angeboten. Desgleichen sei derselbe Personenkreis mittels einer weiteren Postwurfsendung für den 28. Jänner 1989 zu einer Faschingsparty mit gepflegtem Abendessen und anschließendem Tanz, Disco und Sektbar sowie Katerfrühstück eingeladen worden. Da das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen nach § 1 Abs. 4 GewO 1973 der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten werde, habe die Erstbehörde mit Recht den Beschwerdeführer der unbefugten Ausübung des Gastgewerbes schuldig erkannt und angemessen bestraft. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers werde der gegenständliche Verein nicht für soziale und gemeinnützige Zwecke, sondern vorwiegend zur Ausübung des Gastgewerbes betrieben. Dies vor allem deshalb, weil der Obmann und dessen Stellvertreterin das Gastgewerbe schon während des Laufes der Rechtsmittelverfahren zur Erlangung der Konzession für das Gastgewerbe sowie einer gewerbebehördlichen Genehmigung für die gegenständliche Betriebsanlage ausüben wollten. Es sei richtig, daß das gegenständliche Lokal nur von Vereinsmitgliedern in Anspruch genommen werden könne. Dies sei jedoch für das gegenständliche Verfahren ohne Bedeutung, weil nach dem Vereinsgesetz die Bildung geschlossener Vereine nicht gestattet sei und für die Speisen und Getränke Preise eingehoben würden, die denen eines Gastgewerbebetriebes etwa gleichzuhalten seien. Es sei richtig, daß der gegenständliche Verein die Faschingsparty der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach als Vereins- und Veranstaltungsbehörde angezeigt habe. Diese Anzeige vermöge jedoch die für die Ausübung des Gastgewerbes notwendige Konzession nicht zu ersetzen. Die Nichtbeachtung zwingender gesetzlicher Bestimmungen der Gewerbeordnung begründe daher das Verschulden des Beschwerdeführers. Die Vornahme eines Ortsaugenscheines sei entbehrlich, weil die Ausstattung des gegenständlichen Gastgewerbelokales der Berufsbehörde auf Grund mehrerer Berufsverhandlungen im Verfahren betreffend die Genehmigung der gegenständlichen Gastgewerbebetriebsanlage hinreichend bekannt sei. Da gleichzeitig nicht nur gegen den Obmann, sondern auch gegen sämtliche Beteiligte Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden seien, erübrige sich eine nochmalige Vernehmung dieser Personen durch die Berufsbehörde. Es folgen sodann die Strafbemessung betreffende Ausführungen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer "in seinem subjektiven Recht auf Unbescholtenheit" verletzt. In Ausführung des so formulierten Beschwerdepunktes bringt der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, die belangte Behörde habe weder einen Ortsaugenschein durchgeführt, noch die Vereinsstatuten beigeschafft und ein Gutachten eines Buchsachverständigen eingeholt, noch den Beschwerdeführer selbst vernommen. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde nehme in ihrer Begründung auf §

1 Abs. 6 GewO 1973 Rücksicht, auf eine Vorschrift, die aber erst am 1. Jänner 1989 in Kraft getreten sei. Wegen des im Strafrecht geltenden Rückwirkungsverbotese hätte die belangte Behörde die durch die Gewerberechtsnovelle 1988 geschaffene Rechtslage nicht auf den Tatzeitraum vor dem Inkrafttreten dieser Novelle anwenden dürfen. Der Spruch des Straferkenntnisses widerspreche auch dem Konkretisierungsgebot des § 44a lit. a VStG 1950, da die Anführung der angenommenen Betriebsart des Gastgewerbes fehle. Außerdem sei im Spruch mit der Verwendung des Tatbestandbegriffes "gewerbsmäßig" nichts gewonnen, weil vielmehr die Sachverhaltsvoraussetzungen des § 1 GewO 1973 angeführt hätten werden müssen, aus denen heraus dann die Anwendbarkeit des Begriffes der Gewerbsmäßigkeit abzuleiten sei. Auch inhaltlich sei die angegebene Verwaltungsübertretung nicht begangen worden. Das in Rede stehende Lokal biete keinesfalls die Erscheinungsbildung eines einschlägigen Gewerbebetriebes, da am Haus beim Eingang ein Schild angebracht sei, wo deutlich und groß angeführt sei, daß der Zutritt nur Mitgliedern des "A-Vereines, Club A" gestattet sei. Eine Verwechslung mit einem Gasthaus sei unmöglich. Darüber hinaus könnten die Leistungen des Vereines ausschließlich von Vereinsmitgliedern beansprucht werden. Der Verein verfolge ausschließlich ideelle Zwecke, insbesondere auf den Gebieten des Sportes und der Unterhalt und in der Planung wie in der Errichtung und dem Betrieb von Freizeiteinrichtungen, z.B. auch von Naturlehrpfaden, Anlegung von Loipen, welche den Mitgliedern und der Öffentlichkeit ohne Gewinnabsicht zur Verfügung gestellt würden. Wenn nun die Leistungen der Clubmitglieder, sei es auch für Getränke und Speisen, nur der Abdeckung dieser Kosten dienten, falle wohl von vornherein eine Gewinnerzielungsabsicht weg. Im Rahmen der Vereinstätigkeit würden Speisen und Getränke nur den Vereinsmitgliedern zur Verfügung gestellt. Der dafür verlangte Preis bestehe nur im Ersatz jener Kosten, die bei der Verabreichung dieser Speisen und Getränke tatsächlich anfielen (Selbstkostenpreis), wozu natürlich auch ein Kostenbeitrag für die sonstige Tätigkeit des Vereines und der damit verbundenen Auslagen komme. Die Behörde bleibe jeden Nachweis schuldig, worin die vermögensrechtlichen Vorteile für die Vereinsmitglieder liegen sollten. Es fänden sich darüber im angefochtenen Bescheid keine Feststellungen. Durch Beischaftung der Statuten hätte die belangte Behörde feststellen können, daß auch bei der Auflösung des Vereines den Vereinsmitgliedern kein Vorteil zuwachse, sondern das Vereinsvermögen ganz konkret definierten ideellen Zwecken zugeführt werde. Auch aus dem laufenden Betrieb flössen den Vereinsmitgliedern keine vermögensrechtlichen Vorteile zu. Die Tätigkeit des Vereines sei bei der Gesamtbetrachtung nur rein auf Kostendeckung abgestellt. Den Mitgliedern des Vereines flössen also überhaupt keine wirtschaftlichen Vorteile zu. Wenn insgesamt durch die Einnahmen nur die Ausgaben des Vereines, wie z.B. auch Fixkosten und Betriebskosten für das Haus, geringfügige Lohnkosten, Einkauf des Rohmaterials, Ankauf der Geräte, die zur Sport- und Freizeitverwirklichung erforderlich seien, wie z.B. Tischtennistische, Tischtennisbälle, Papier für Aussendungen, Druckkosten, Portospesen, gedeckt würden, so scheidet eine "Qualifikation als Verein zur Gewinnabsicht" aus. Was den Vorwurf für den 28. und 29. Jänner 1989 betreffe, sei darauf zu verweisen, daß nach der Auffassung der Behörde eine Meldung seitens eines Getränkevertriebes erfolgt sei, der beantragt habe, seine Gewerbeberechtigung an diesem Tag während dieses Festes auswärts auszuüben. Ein allfälliger Vorwurf "könnte daher nur jenen Gewerbeinhaber treffen". Aber auch diese Veranstaltung sei ausschließlich den Vereinsmitgliedern offen gestanden.

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.

Der Beschwerdeführer ist zwar mit seinem Vorbringen hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes im Hinblick auf die Bestimmung des § 1 Abs. 2 VStG 1950 grundsätzlich im Recht. Eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vermag er damit aber nicht darzutun, weil, wie im folgenden auszuführen sein wird, die mit dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1988, BGBl. Nr. 399, am 1. Jänner 1989 eingetretene Rechtsänderung auf die Strafbarkeit der ihm zur Last gelegten Tat keinen Einfluß hatte.

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. Hierbei 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 Vereines mit dem Bemühen verbunden, Auslagen gering zu halten oder unter Umständen zu vermeiden und im übrigen dahin ausgerichtet, Einnahmen durch Leistungsbereit 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 Vereines dienen, schon etwa allein im Hinblick auf diese Eigenschaft die Gewerbsmäßigkeit.

Der Umstand allein, daß nur Mitglieder im Sinne der Vereinsstatuten die Speisenverabreichung bzw. den Ausschank von Getränken in Anspruch nehmen können, ist im Hinblick auf eine Absicht, einen Ertrag (oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil) zu erzielen, nicht geeignet, die Gewerbsmäßigkeit auszuschließen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. März 1984, Zl. 83/04/0214 und die dort zitierte Vorjudikatur).

An dieser Rechtslage hat sich durch die Gewerberechtsnovelle 1988 zu Gunsten des Beschwerdeführers nichts geändert.

Der Beschwerdeführer irrt daher, wenn er meint, bei Prüfung des Tatbestandselementes der Gewinnerzielungsabsicht dürfe nicht nur die Vereinstätigkeit der Bewirtung der Vereinsmitglieder, sondern es müsse die Gesamtgebarung des Vereines berücksichtigt werden. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vielmehr allein die mit diesem Aspekt der Vereinstätigkeit verbundene diesbezügliche Absicht. Bei einer solchen Betrachtungsweise erweist sich aber die Annahme der belangten Behörde, der Verein, dessen Obmann der Beschwerdeführer ist, übe die in Rede stehende Tätigkeit der Bewirtung der Vereinsmitglieder in der Absicht aus, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, als nicht rechtswidrig. Wie die belangte Behörde feststellte und auch in der Beschwerde ausdrücklich vorgebracht wird, dienen die aus der Bewirtung der Vereinsmitglieder gezogenen Einnahmen nicht nur der Deckung der im Zusammenhang mit DIESER Vereinstätigkeit stehenden Auslagen, sondern die für diese Leistungen eingehobenen Entgelte umfaßten auch einen "Kostenbeitrag für SONSTIGE Tätigkeit des Vereines und der damit verbundenen Auslagen".

Es bedeutet somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, wenn die belangte Behörde mit der in Rede stehenden Tätigkeit des genannten Vereines neben den (unbestritten gebliebenen) Tatbestandselementen der Regelmäßigkeit und der Selbständigkeit auch jenes der Gewinnerzielungsabsicht als erfüllt erblickte und damit die Gewerbsmäßigkeit dieser Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 für den Tatzeitraum sowohl vor, wie auch nach dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1988 bejahte.

Da es bei diesem Ergebnis zur Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit der in Rede stehenden Tätigkeit nicht des Rückgriffes auf die durch die Gewerberechtsnovelle 1988 geschaffene Bestimmung des § 1 Abs. 6 GewO 1973 bedarf, ist auch das nach dieser Gesetzesstelle maßgebende Tatbestandselement des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes hier nicht von Bedeutung, weshalb auf das diesbezügliche Beschwerdevorbringen nicht weiter

einzugehen ist.

Mit dem den Tatzeitraum 28. und 29. Jänner 1989 betreffenden Vorbringen vermag der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides schon deshalb nicht darzutun, weil weder die belangte Behörde feststellte, noch vom Beschwerdeführer behauptet wird, die damalige Veranstaltung (Faschingsparty) sei tatsächlich unter der gewerberechtlchen Verantwortung eines anderen Gewerbetreibenden abgehalten worden.

Der Verwaltungsgerichtshof kann aber auch die vom Beschwerdeführer gerügte Mangelhaftigkeit des Spruches des angefochtenen Bescheides nicht erkennen. Gemäß § 44a lit. a VStG 1950 hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gehört zu den Grundsätzen jedes Strafverfahrens, daß die zur Last gelegte Tat so eindeutig umschrieben wird, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, wofür der Täter bestraft worden ist und daß die Möglichkeit ausgeschlossen wird, er könnte etwa wegen derselben Handlung nochmals zur Verantwortung gezogen werden (vgl. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053). Diesen Erfordernissen kommt der angefochtene Bescheid in ausreichendem Maße nach. Der vom Beschwerdeführer vermißten Anführung der Betriebsart des Gastgewerbes bedurfte es im Hinblick auf die detaillierte Darstellung gastgewerblichen Handelns im Spruch nicht. Ebenso legte die Behörde mit den diesbezüglichen Ausführungen die für die Beurteilung des Tatbestandselementes der Gewerbsmäßigkeit erforderlichen Sachverhaltselemente in ausreichender Weise dar.

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

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung ~~B~~GBl. Nr. 206/1989.

#### **Schlagworte**

"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatzeit Zustandsdelikt "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung (siehe auch Umfang der Konkretisierung)

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1990:1989040186.X00

#### **Im RIS seit**

06.02.1990

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.07.2012

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)