

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/11/6 94/04/0107

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 06.11.1995

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

ABGB §1165;  
GewO 1973 §1 Abs3;  
VwGG §41 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Stöberl und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerde des J in T, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in N, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 31. Mai 1994, Zl. Senat-KR-94-006, 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 11.660,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Krems vom 24. Februar 1993 (richtig wohl: 1994) wurde der Beschwerdeführer der folgenden als erwiesen angenommenen Tat (Spruchteil nach § 44a Z. 1 VStG) schuldig erkannt:

"Sie haben es als Kommandant der FF T und sohin als der gemäß § 9 VStG 1991 in Verbindung mit § 38 Abs. 2 des NÖ Feuer-, Gefahrenpolizei- und Feuerwehrgesetzes 1974 zur Vertretung nach außen Berufene zu verantworten, daß durch die FF T anlässlich eines Feuerwehrfestes im Standort T, Kinderspielplatz, in der Zeit vom 25. Juni 1993, 17 Uhr bis 27. Juni 1993, 24 Uhr, durch die Verabreichung von Speisen und den Verkauf von warmen (Grillhendl, Kotelett, Pommes Frites, Bratwurstel) und angerichteten kalten Speisen (Wurstsemmel, verschiedene Dosenalate - Roter Rübensalat, Krautsalat, Bohnensalat und roter Paprikasalat - und Mehlspeisen), durch den Ausschank von alkoholischen (Faßbier, Wein, Schnaps und verschiedene Mixgetränke, z.B. Cola-Whisky) und nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen auf eigenen Namen und Rechnung, somit

selbständig, regelmäßig und in der Absicht einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil - gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist - zu erzielen, ein Gewerbe, in der Form des Gastgewerbes ausgeübt, ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben."

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 31. Mai 1994 wurde über die Berufung des Beschwerdeführers wie folgt entschieden:

"Der Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, BGBI. Nr. 51, (AVG) keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, daß

1.

im letzten Halbsatz der Tatbeschreibung nach dem Wort "Gewerbeberechtigung" der Klammerausdruck "(Konzession für das Gastgewerbe)" eingefügt wird, und

2.

die Übertretungsnorm "§ 366 Abs. 1 Z. 2 Gewerbeordnung 1973" sowie die Strafnorm "§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1973" zu lauten hat.

Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBI. Nr. 52, (VStG) hat der Berufungswerber dem Land NÖ den Betrag von S 100,-- als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen.

Gemäß § 59 Abs. 2 AVG ist der Gesamtbetrag von S 650,-- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu entrichten."

Unter Zugrundelegung des von der Erstbehörde angenommenen Sachverhaltes führte die belangte Behörde zur Begründung des Schuldspruches in rechtlicher Hinsicht (zusammenfassend) im wesentlichen aus, die von der Freiwilligen Feuerwehr T vom 25. Juni 1993 bis 27. Juni 1993 ausgeübte Tätigkeit - nämlich die Abgabe von Speisen und Getränken im Sinne des § 189 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1973 - sei selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben worden, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Diese dem Beschwerdeführer angelastete Tätigkeit sei als gewerbsmäßig zu qualifizieren und habe den Tatbestand der Ausübung des Gastgewerbes durch die Freiwillige Feuerwehr T dargestellt. Daran könnten weder die mit BGBI. Nr. 530/1993 getroffene steuerrechtliche Regelung noch die aus den Bestimmungen des Nö Feuer-, Gefahrenpolizei- und Feuerwehrgesetzes sich ergebende rechtliche Grundkonzeption der Freiwilligen Feuerwehren (in Niederösterreich) etwas ändern. Die gewerbeberechtliche Beurteilung der inkriminierten Tätigkeit habe unabhängig von fiskalischen Fragestellungen zu erfolgen. Auch wenn Freiwillige Feuerwehren (in Niederösterreich) im Rahmen der örtlichen Feuerpolizei bzw. örtlichen Gefahrenpolizei sozialen und gemeinnützigen Zwecken dienten, könnten sie auch außerhalb dieses Bereiches Aufgaben (im Sinne der §§ 63 Abs. 2 und 64 Abs. 3 NÖ FGG) gegen Kostenersatz übernehmen. Die aus dem Feuerwehrfest erwirtschafteten Gewinne könnten - mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelung - für den außerhalb des sozialen oder gemeinnützigen Tätigkeitsbereiches liegenden Dienstleistungssektor verwendet werden.

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 kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG (in der Fassung BGBI. Nr. 470/1995) gebildeten Senat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich "mittelbar in dem Recht verletzt, Speisen und Getränke gegen Entgelt zu verabreichen", wenn dies nicht gewerbsmäßig erfolgt. Des weiteren sei er (als Vertreter der Freiwilligen Feuerwehr T) in dem Recht verletzt worden, bei der gegeben Sach- und Rechtslage nicht wegen der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes bringt der Beschwerdeführer unter anderem vor, die Bezirkshauptmannschaft Krems habe dem Gastwirt E für das inkriminierte Feuerwehrfest eine bescheidmäßige Sonderbewilligung zur Standortverlegung bzw. vorübergehenden Ausübung seiner Gastgewerbekonzession erteilt. In Niederösterreich hätten die Bezirkshauptmannschaften (als zuständige Gewerbebehörden) angeordnet, daß derartige Zeltfeste abgehalten werden dürften, wenn ein Gastwirt "als Gewerbeberechtigter Deckung gibt". Diesem Verlangen sei der Beschwerdeführer im

vorliegenden Fall nachgekommen. Er sei davon ausgegangen, daß der Gastwirt als Garant für die Einhaltung gewerberechtlicher Auflagen und Vorschriften (insbesondere der Hygienevorschriften) zugezogen werden müsse. Aufgrund des die Standortverlegungen genehmigenden Bescheides habe er sich darauf verlassen, daß die Abhaltung des Feuerwehrfestes rechtlich gestattet gewesen sei. Aus dem beizuschaffenden Bewilligungsakt hätte die belangte Behörde entnehmen können, daß der Freiwilligen Feuerwehr T als Veranstalter der Ertrag dieses Festes auch ohne Übertretung der Gewerbeordnung zufließen habe können.

Ausgehend von diesem Vorbringen sieht sich der Verwaltungsgerichtshof der Aufgabe, auf die weiteren Darlegungen der Beschwerde, ob dem Beschwerdeführer eine anlässlich des in Rede stehenden Feuerwehrfestes der Freiwilligen Feuerwehr T zuzurechenbare Ausübung des Gastgewerbes anzulasten ist, einzugehen, aus folgenden Erwägungen enthoben:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat dieser wesentliche Mängel des Verwaltungsverfahrens - auch ohne Antrag in der Beschwerde - wahrzunehmen. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber auch in die Prüfung der Frage einzutreten, ob ihm eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides auf der Grundlage des von der belangten Behörde ermittelten Sachverhaltes überhaupt möglich ist (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 20. September 1990, Zl. 89/06/0165, vom 19. März 1991, Zlen.89/08/0321, 0322, und vom 18. Februar 1994, Zl. 93/07/0102, u.v.a.).

Die belangte Behörde hat in tatsächlicher Hinsicht zunächst angenommen, daß die im Spruch des Straferkenntnisses angeführten Speisen und Getränke "auf Gefahr und Rechnung der FF T abgegeben worden sind" (Seite 12 des angefochtenen Bescheides). Mit der Begründung, daß in der Berufung "das sachliche Substrat des Straferkenntnisses ausdrücklich nicht bekämpft wird" ging die belangte Behörde davon aus, daß die im Spruch des Straferkenntnisses beschriebene Abgabe von Speisen und Getränken gegen Entgelt erfolgt sei. Daraus und des weiteren aus ihren eigenen rechtlichen Erwägungen folgerte die belangte Behörde schließlich, daß die dem Beschwerdeführer angelastete Verwaltungsübertretung als erwiesen angesehen werden müsse (Seite 23 des angefochtenen Bescheides). Im Rahmen ihrer Erwägungen zur Strafbemessung nahm die belangte Behörde danach an, daß im vorliegenden Fall zwar ein Gastgewerbetreibender für die gegenständliche Bewirtungstätigkeit die Genehmigung (Sonderbewilligung) der Behörde erhalten habe, das Gastgewerbe sei aber nicht von diesem sondern von der FF T ausgeübt worden (Seite 24 des angefochtenen Bescheides).

Die Annahme der belangten Behörde, daß der Gastwirt E die bescheidmäßige Sonderbewilligung zur Ausübung seiner Gastgewerbekonzession lediglich erhalten, diese tatsächlich aber nicht ausgeübt habe, ist nach Ausweis des in den vorgelegten Verwaltungsakten dokumentierten Verwaltungsgeschehens durch kein Ermittlungsergebnis gedeckt und demnach nicht nachvollziehbar. Der am 25. Jänner 1994 niederschriftlich festgehaltenen Aussage des Johann Hirsch ist nämlich nur zu entnehmen, wer der für das in Rede stehende Feuerwehrfest verantwortliche Feuerwehrkommandant war, welche Speisen und Getränke auf dem Fest (konkret) "angepriesten" wurden, und das die FF T beabsichtigte, Mittel zum Bau eines neuen Feuerwehrhauses aufzubringen. Des weiteren befindet sich im (erstbehördlichen) Verwaltungsstrafakt der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Krems vom 16. April 1993, Zl. 12-A/93, dem zufolge E "gemäß §§ 189 Abs. 1, 195, 84 und 199 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1973" die Sonderbewilligung zur vorübergehenden Ausübung seiner Gastgewerbekonzession anlässlich eines Feuerwehrfestes im Standort T, Kinderspielplatz vom 25. Juni 1993, 17 Uhr bis 27. Juni 1993, 24 Uhr unter Vorschreibung von (insgesamt neun) Auflagen erteilt wurde.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 (BGBl. Nr. 29/1993) begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) ohne die erforderliche Konzession ausübt. Nach § 189 Abs. 1 leg. cit. unterliegen der für das Gastgewerbe bestehenden Konzessionspflicht

...

2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und der Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen;
3. der Ausschank von alkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen;
4. der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen.

Gemäß § 195 leg. cit. darf die Konzession für ein Gastgewerbe außerhalb der genehmigten Betriebsräume und allfälligen sonstigen Betriebsflächen nur auf Grund einer Sonderbewilligung ausgeübt werden. Die Sonderbewilligung

ist auf Antrag des Gewerbetreibenden zu erteilen, wenn das Gastgewerbe nur vorübergehend aus Anlaß einzelner besonderer Gelegenheiten (Volksfeste, Wohltätigkeitsveranstaltungen, Ausstellungen, Märkte, Sportveranstaltungen, größere Baustellen und dgl.) ausgeübt werden soll.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1973 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. Nach Abs. 3 dieser Gesetzesstelle liegt Selbständigkeit vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob im Einzelfall ein selbständiges Unternehmen vorliegt, nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen, wobei eine gewerbliche Tätigkeit jener Person oder Personenmehrheit zuzurechnen ist, auf deren Seite die angeführten gesetzlichen Voraussetzungen verwirklicht erscheinen. In diesem Zusammenhang ist die weitere Frage, wer das mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf sich nimmt - ein Selbständigkeitserkmal, das durch den in seinem Zusammenhang zu verstehenden Wortlaut "Rechnung und Gefahr" umschrieben wird - auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 2. März 1977 in Slg. N.F. Nr. 9263/A, vom 2. Oktober 1989, Zl. 88/04/0048, und vom 23. April 1991, Zl. 88/04/0111). Bei der Beurteilung des Selbständigkeitserkmals kommt der Ausstellung von Rechnungen im eigenen Namen erhebliches Gewicht zu. Eine Tätigkeit verliert das genannte Merkmal jedoch nicht deshalb, weil sie vom Ausübenden nicht persönlich ausgeführt wird, vielmehr ist der Gewerbetreibende grundsätzlich berechtigt, die Ausübung der in den Berechtigungsumfang seines Gewerbes fallenden Tätigkeiten ganz oder zum Teil Dritten zu überlassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 1995, Zl. 93/04/0047). Auch der bloße Umstand des "Zufließens eines wirtschaftlichen Vorteils" indiziert noch nicht schlechthin das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos auf Seiten des Empfängers (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 1987, Zl. 87/04/0028).

Zu diesen genannten Fragestellungen fehlen jedoch - auf der Grundlage eines ermittelten Sachverhaltes beruhende - Feststellungen hinsichtlich der dem Beschwerdefall zugrundeliegenden konkreten Tatumstände, vor allem ob bzw. inwieweit der Gastwirt E im Zusammenhang mit der in Rede stehenden Tätigkeit tatsächlich befaßt war.

Obgleich die Erstbehörde keine tauglichen Ermittlungsschritte im aufgezeigten Sinne gesetzt hatte, ging die belangte Behörde allein vom Ergebnis des erstbehördlichen Ermittlungsverfahrens aus, ohne die dargelegten Tatfragen zum Gegenstand einer mündlichen Verhandlung zu machen und darauf gegründet entsprechende Feststellungen im rechtlich erforderlichen Ausmaß im angefochtenen Bescheid zu treffen. Nach § 51e Abs. 1, erster Satz VStG ist aber vor dem unabhängigen Verwaltungssenat eine öffentliche mündliche Verhandlung anzuberaumen, wenn die Berufung nicht zurückzuweisen ist oder nicht bereits aus der Aktenlage ersichtlich ist, daß der angefochtene Bescheid aufzuheben ist. Da im Beschwerdefall die Berufung nicht zurückzuweisen war, ein ausdrücklicher Verzicht auf die Abhaltung einer Verhandlung (im Sinn des § 51e Abs. 3 VStG) nicht erklärt worden war und (wie bereits dargelegt) auch die Voraussetzungen des § 51e Abs. 2 VStG nicht vorlagen, weil (auch) Tatfragen zu klären waren, hätte die belangte Behörde demnach eine öffentliche mündliche Verhandlung über die Berufung des Beschwerdeführers anberaumen müssen und bei der Fällung des Erkenntnisses gemäß § 51i VStG nur auf das Rücksicht nehmen dürfen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist.

Da ausreichende, auf einem Ermittlungsverfahren beruhende Tatsachenfeststellungen im aufgezeigten Sinn fehlen, ist der Verwaltungsgerichtshof dadurch an der Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides gehindert. Die belangte Behörde hat somit Verfahrensvorschriften verletzt, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid gelangen hätte können. Auf das weitere Beschwerdevorbringen war nicht mehr einzugehen. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Von der Durchführung einer Verhandlung konnte ungeachtet des (in der Beschwerde gestellten) Parteiantrages gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht im Rahmen des gestellten Begehrens auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBL. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft nicht erforderlichen Stempelgebührenaufwand (wobei für den angefochtenen Bescheid zufolge § 14 TP 5 Abs. 1 GebG eine Beilagengebühr

von S 180,-- zu entrichten war).

**Schlagworte**

Beschwerdepunkt Beschwerdebegehren Entscheidungsrahmen und Überprüfungsrahmen des VwGH Allgemein

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1995:1994040107.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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