



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-021/054/4320/2018-6
A. B.

Wien, 12.06.2019

Geschäftsabteilung: VGW-G

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Konecny über die Beschwerde des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwälte OG, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 13.02.2018, Zahl ..., wegen Übertretung des § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Das angefochtene Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 13.02.2018 hat folgenden Spruch:

„Sie haben als Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ des Vereins C., ZVR-Zahl: ..., mit Sitz in Wien (Zustellanschrift, D.-Straße) zu verantworten, dass dieser Verein mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, von 01.01.2015 bis 11.11.2016 in Wien, E.-gasse, das Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Frühstückspension“ ausgeübt hat, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, indem 34 Doppelzimmer, eine Rezeption, ein Speise-/Frühstücksraum, ein Selbstbedienungs-Frühstücksbuffet, getrennte Gäste-Toiletteanlagen für Damen und Herren, eine entsprechend ausgestattete Küche (u.a. mit Mikrowellen und Kühlgeräten), Küchen-Nebenräume (u.a. ein Trockenlagerraum) und getrennte Personaltoiletten zur Verfügung gestellt wurden und zum Zeitpunkt der Kontrolle durch das Marktamt am 11.11.2016 um 12:02 Uhr von einer Gruppe mit ca. 20 Personen im Speise-/Frühstücksraum Kaffee getrunken wurde und zwei Personen bei der Rezeption eincheckten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Z 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der geltenden Fassung in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt: Geldstrafe von € 1.140,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 20 Stunden, gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 114,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 % der Strafe. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 1.254,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die C. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn A. B. verhängte Geldstrafe von € 1.140,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 114,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses wird im Wesentlichen zusammengefasst neben Anführung der maßgeblichen Rechtsvorschriften sowie höchstgerichtlicher Judikatur ausgeführt, die Verwaltungsübertretung sei der Behörde durch eine Anzeige der Magistratsabteilung 59 zur Kenntnis gelangt. Aus dem Erhebungsbericht der Magistratsabteilung 59 – Bezirksabteilung ... vom 01.07.2017 gehe im Wesentlichen hervor, dass die während der Revision allein im Frühstücksbereich tätige Frau F. G., geboren 1975, Angestellte des Vereins C., das Selbstbedienungs(SB)-Frühstücksbuffet betreute. So habe sie Getränke in Karaffen/Krüge nachgeschenkt, habe sich um die Gäste gekümmert und sei auf deren Wünsche eingegangen. Vom um 09:25 Uhr in den Betrieb kommenden Leiter des „Ferienhaus Wien C.“ Herrn H. K. seien im Zuge der Überprüfung auf Nachfrage Rechnungen der für das Frühstücksbuffet eingekauften Lebensmittel

vorgelegt worden. Für das gelegentlich durch Fremdbetriebe stattfindende Catering für Mittag- und/oder Abendessen (zB. bei Seminaren) seien ebenfalls von diesem Rechnungen des Restaurants „L.“ in Wien, M.-Straße, lautend auf Verein C., D.- Straße vorgelegt worden.

Im Hinblick auf die in der Anzeige der MA 59 beschriebene Ausstattung der Räumlichkeit, in der die Tätigkeit ausgeübt werde (34 Doppelzimmer, eine Rezeption, ein Speise-/Frühstücksraum, ein Selbstbedienungs-Frühstücksbuffet von 07.30 Uhr bis 10:00 Uhr, getrennte Gäste-Toilettenanlagen für Damen und Herren, eine entsprechend ausgestattete Küche ua. mit Mikrowellen und Kühlgeräten, Küchen-Nebenräume wie ua. ein Trockenlagerraum und getrennte Personaltoiletten) sei vom Erscheinungsbild eines Gastgewerbebetriebes in der Betriebsart Frühstückspension auszugehen. Für diese Beurteilung sei es ohne Belang, ob der Zutritt nur Mitgliedern oder auch vereinsfremden Personen möglich ist. Auch der Umstand, dass für die Übernachtung inkl. Frühstück pro Person und Tag ca. 27,--/28,-- Euro zu bezahlen sind und sich dieser Preis nach dem Einkommen richte, sowie das Vorhandensein einer Rezeption, bei der man sich anmelden kann, würden für das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes sprechen.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, der unwidersprochenen Angaben in der Anzeige der MA 59, der Tatsache, dass die (im Einzelnen angeführten) Rechnungen auf den Verein C. lauten und somit der Verein sehr wohl mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen das Gastgewerbe in der Betriebsart Frühstückspension ausgeübt hat und der Betrieb das Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebes aufweise, sei die Verwaltungsübertretung sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen. Der Stellungnahme bzw. Rechtfertigung zu den Ausführungen des Anzeigelegers könne keine entlastende Wirkung beigemessen werden und sei als Schutzbehauptung zu werten.

Gegen dieses Straferkenntnis wurde vom Beschwerdeführer frist- und formgerecht Beschwerde erhoben und Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie mangelhafte Sachverhaltsermittlung eingewendet und zusammengefasst vorgebracht, die gegenständliche Tätigkeit im „Ferienhaus Wien“ in Wien unterliege nicht den Regelungen der Gewerbeordnung, weil der Verein diese

Tätigkeit nicht in Gewinnerzielungsabsicht ausübe und auch tatsächlich keine Gewinne mit dieser Tätigkeit erwirtschaftete. Der Verein sei vielmehr finanziell voll von den Zuwendungen der N. AG abhängig. Die gegenständliche Tätigkeit weise aufgrund ihrer Beschränkungen auf einen abgegrenzten Personenkreis (allerdings nicht auf die Gruppe Vereinsmitglieder) nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf und sei somit nicht auf die Erlangung finanzieller Vorteile für die Mitglieder von C. ausgerichtet. Dies gelte für die gesamte am 30.06.2017 von der Behörde erhobene Tätigkeit des Vereins C. im „Ferienhaus Wien“, wie im Ergebnis der Beweisaufnahme festgehalten und auch für die gesamte Tätigkeit des Vereins im ursprünglich inkriminierten Zeitraum 01.01.2015 bis 11.11.2016. Der Verein C. erbringe ausschließlich soziale Aufgaben, die die N. AG auf diesen – teilweise - ausgelagert habe. Die N. habe die Tätigkeit zwar auf einen formal selbständigen Rechtsträger in der Rechtsform eines Vereins nach dem Vereinsgesetz 2002 ausgelagert. Dieser wäre aber ohne die Struktur (Büroräumlichkeiten, Bürobedarf, Kosten der Mitarbeiter) die die N. zur Verfügung stellt, noch ohne die erheblichen finanziellen Zuschüsse, die von der N. geleistet werden, nicht lebensfähig.

Ungefähr 60.0000 Personen zählten zum Kreis der anspruchsberechtigten Personen. Der Verein selbst habe lediglich 26 Mitglieder. Diese seien Mitarbeiter der N. und übten ihre Funktionen ehrenamtlich aus. Der Beschwerdeführer und die Geschäftsführerin würden in keinem Arbeits- oder Dienstverhältnis zum Verein stehen und für die Ausübung ihrer Funktion lediglich eine pauschalierte Aufwandsentschädigung erhalten.

Das Ferienhaus Wien, welches über 34 Doppelzimmer und ein Frühstücksbuffet verfüge, könne von den Anspruchsberechtigten als Unterkunft zu Erholungszwecken gebucht werden und sei im Preis für die Übernachtung ein Frühstück inkludiert. Das „Ferienhaus Wien“ stehe den Anspruchsberechtigten weiters als Seminarort zur Verfügung und zwar ausschließlich für Seminare der N., deren Tochterunternehmen und des Betriebsrats. Der Verein Sorge auch für die Verpflegung in Seminarpausen und kaufe dazu selbst Lebensmittel, Reinigungsmittel und die sonst nötigen Utensilien ein. Die Mittagsverpflegung werde bei Seminaren beim Restaurant „L.“ in Wien zugekauft. Nur Vortragende und Teilnehmer an diesen Seminaren hätten die Möglichkeit im Ferienhaus zu übernachten und zu frühstücken. Andere Personen als die in § 2 der Statuten

angeführten Personen könnten im „Ferienhaus Wien“ weder übernachten, frühstücken noch sonst Leistungen des Vereins konsumieren. hätten keine Möglichkeit dort Seminare abzuhalten und Leistungen zu buchen. Dies dürften nicht einmal ehemalige „Teilunternehmungen“ der N. wie zB die P. oder die R. GmbH.

Das „Ferienhaus Wien“ trete in der öffentlichen Wahrnehmung weder als Frühstückspension noch als Seminarhotel in Erscheinung. Die Berechtigten würden entweder über die vereinseigene Website, zu der nur die Anspruchsberechtigten Zutritt haben, oder mit einem brieflich, per E-Mail oder per Fax an die Buchungsstelle zu übermittelnden Formular buchen. Der Verein betreibe eine eigene Website unter <http://www.c.at>. Die dort angebotenen Informationen seien jedoch nur dem geschlossenen Benutzerkreis, nämlich den Anspruchsberechtigten laut § 2 Abs. 2 der Statuten, welche sich mit dem Namen und SV-Nummer einloggen müssen, zugänglich und werde die Zugriffsberechtigung zur Website fortlaufend auf der Basis von Personaldaten aktuell gehalten.

Der Anspruch auf eine Nächtigung und Verköstigung im Ferienhaus ergebe sich nicht durch die Vereinsmitgliedschaft, sondern aus § 2 der Statuten (aktiver oder pensionierter N.-Mitarbeiter, unmittelbare Angehörige). Die 26 Vereinsmitglieder gehörten ebenfalls zu den Berechtigten, aber nicht weil sie Vereinsmitglieder sind, sondern weil sie Mitarbeiter der N. seien und damit entsprechend den Statuten anspruchsberechtigt sind. Diese hätten keine Zusatzrechte im Vergleich zu einem anderen Berechtigten, sondern nur Pflichten und Aufgaben entsprechend den Statuten. Es sei nicht möglich, dem Verein C. beizutreten, um in den Genuss seiner Leistungen zu kommen. Erforderlich sei lediglich eine 6-monatige (für den Bezug von Essensbons eine 3-monatige) Betriebszugehörigkeit zu einem Unternehmen entsprechend den Statuten. Der Anteil der Vereinsmitglieder an der Gesamtzahl der Berechtigten sei verschwindend gering. Ein Vereinsmitglied könne nur aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten nach § 2 der Satzung nominiert werden und erlösche die Mitgliedschaft automatisch, wenn ein Mitglied aus der N. ausscheidet.

Am 11.11.2016 habe im „Ferienhaus Wien“ eine unternehmensinterne Schulung (Abteilung Personalentwicklung) der N. AG stattgefunden. Alle Teilnehmer wären

ausschließlich Lehrlinge der N. gewesen. Alle im Zuge der behördlichen Kontrollen am 11.11.2016 und am 30.06.2017 angetroffenen Gäste im Ferienhaus seien Anspruchsberechtigte nach § 2 der Statuten gewesen.

Der Verein beabsichtigte weder Gewinne zu machen noch mache er tatsächlich welche. Er könne seine Tätigkeit nur durch massive Zuschüsse seitens der N. durchführen. Diese hätten im Jahr 2015 EUR 6,4 Mio und Jahre 2016 EUR 6,3 Mio betragen.

Das Büro des Vereins befinde sich in Räumlichkeiten die die N. zur Verfügung stelle und werde der gesamte Büroaufwand des Vereins von der N. getragen. Die Infrastruktur werde von der N. zur Verfügung gestellt. Zur Abwicklung der Vereinsaufgaben stelle die N. dem Verein sechs Mitarbeiter zur Verfügung.

Der Verein habe 2016 für die Übernachtung eines Seminarteilnehmers inkl. Frühstück im „Ferienhaus Wien“ EUR 64,-- (2017: EUR 60,50) eingenommen. Der Teilnehmer habe dem Verein als Entgelt EUR 35,--(2017: EUR 31,10) geleistet. Der Verein habe einen Zuschuss der N. von EUR 29,-- (2017: EUR 29,40) erhalten. Den Einnahmen von EUR 64,-- (2017: 60,50) seien Ausgaben in Höhe von EUR 69,-- (2017: EUR 65,30) gegenüber gestanden. Der Verlust von EUR 5,-- pro Nacht (2017: EUR 3,--) werde mit einer Rücklage, die die N. gewährt hat, ausgeglichen. Ohne Subvention der N. wäre der Verlust bei EUR 34,-- (2017: EUR 32,40) gelegen.

Beim Verein C. liege weder der Fall des § 1 Abs. 2 GewO 1994 noch jener des § 1 Abs. 6 GewO 1994 vor.

Die Rechtsprechung sei dem Bericht des Handelsausschusses zur Gewerberechtsnovelle 1988 und dem Ausschussbericht zur Novelle 1992 gefolgt, wonach bei einem Verein, der seine Tätigkeit ausschließlich auf Grund von Subventionen aufrechterhalten kann, jedenfalls keine Absicht vorliege, einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. C. erfülle diese Kriterien, indem es ausschließlich soziale Zwecke verfolge und ohne die massiven Zuwendungen der N. nicht überlebensfähig sei. Der Verein handle daher nicht in Ertragserzielungsabsicht. Damit sei auch die widerlegliche Vermutung des § 1 Abs. 6 letzter Satz GewO 1994 entkräftet.

Hinsichtlich des zweiten Kriteriums des § 1 Abs. 6 GewO 1994 (Ausrichtung der Tätigkeit auf die Erzielung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder) werde ausgeführt, dass von der Vereinstätigkeit begünstigt nicht die Vereinsmitglieder, sondern ausschließlich aktive und ehemalige Mitarbeiter der N. sowie deren unmittelbare Angehörige und Hinterbliebenen, welche gerade nicht Vereinsmitglieder sind, seien. Die Tätigkeit von C. sei daher nicht darauf ausgerichtet, den Mitgliedern Vorteile zu verschaffen. Gerügt wurde unter dem Punkt „mangelhafte Sachverhaltsermittlung“ die unterbliebene Aufnahme der vom Beschwerdeführer im Strafverfahren beantragten Beweise.

Im Übrigen erfolgten Ausführungen zur von der Behörde verhängten Strafe. Aufgrund eines von C. im Jahr 2005 eingeholten Gutachtens habe der Beschwerdeführer gute Gründe gehabt für die Annahme, dass der Verein keiner Gewerbeberechtigung bedürfe. Aufgrund des sehr geringen Verschuldens könne mit einer entsprechend geringen Strafe das Auslangen gefunden werden. Mit der Beschwerde vorgelegt wurden die Vereinsstatuten, ein Screenshot von www.c.at, die Betriebsvereinbarung, die betriebswirtschaftlichen Ergebnisse des Ferienhauses 2017.

Abschließend wurde der Antrag gestellt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Beschwerde Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis dahingehend abzuändern, dass der Beschwerdeführer von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen freigesprochen wird in eventu nach § 45 VStG vorzugehen.

Vor dem Verwaltungsgericht Wien wurde in der Beschwerdesache am 26.04.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an welcher der Beschwerdeführer in Begleitung seiner rechtsfreundlichen Vertretung teilgenommen hat. Die belangte Behörde hat auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung verzichtet.

Der Beschwerdeführer hat in der Verhandlung folgende Angaben gemacht:

„Bei jeder Nächtigung gibt es einen finanziellen Abgang in der Höhe von € 28,02. Im Jahr 2018 hatte es 6491 Nächtigungen gegeben, welche mit dem Abgang (ohne Subvention der N.) in der Höhe von € 183.299,-- erzeugt haben. Die Vereinsform wurde gewählt, da in dieser Form auch nicht nur die aktiven Mitarbeiter der N., sondern auch pensionierte ehemalige Mitarbeiter und deren Angehörige hinsichtlich der Wohlfahrt hineingenommen werden konnten. Die Mitglieder des Vereins bestehen zur Hälfte aus Mitgliedern des Betriebsrates zur

Hälfte aus aktiven Mitarbeitern die vom Vorstand bestellt werden. Sobald ein Mitglied vom Betriebsrat oder aktiver Mitarbeiter der N. AG ausscheidet, verliert er seine Stellung als Vereinsmitglied. Pensionierte Mitarbeiter können sohin nicht Mitglied des Vereins sein. Diesbezüglich wird auf die § 4 und § 5 der Statuten verwiesen. Die Höhe des Entgelts für soziale Leistungen des Vereins ist gestaffelt nach dem Einkommen der Mitarbeiter.

93 % der Mitarbeiter haben ein Jahresbruttoeinkommen von bis zu € 50.000,--. Der Preis der vom Verein festgesetzt wird ist nicht kostendeckend. Auch Personen mit einem höheren Einkommen wird nicht der kostendeckende Preis verrechnet. Die Preise für Nächtigungen mit Frühstück gehen von € 29 bis € 32 bzw. € 33. Je weniger man verdient desto weniger muss von diesem nicht kostendeckenden Preis gezahlt werden. Bei den niedrigsten Einkommen ergibt es Abschläge bis zu 35 %. Hinzu gibt es auch noch Abzüge für Alleinvertreter und Kinder.

Am Tag der Kontrolle durch die Behörde gab es im Ferienhaus, welches 2 Seminarräume besitzt, eine Schulung für Lehrlinge. Gemäß § 2 Abs. 3 lit. a der Statuten des Vereins bezweckt der Verein auch die soziale Betreuung mittels der Unterstützung, Führung von bestehenden, Schaffung von Neuen oder Anmietung von sozialen, kulturellen sowie der Erholung, Bildung oder der Verpflegung dienenden Einrichtungen. Die Durchführung von Seminaren im Ferienhaus fällt unter den Punkt „Bildung“. Veranstalter dieser Seminare ist immer die N. AG oder ein Tochterunternehmer bzw. der Betriebsrat. Schon bei Bestellung werden Namenlisten vorgelegt, um überprüfen zu können ob es sich wirklich um Mitarbeiter der N. AG, welche Anspruchsberechtigte nach den Vereinsstatuten sind, handelt. Das Frühstück wird im Ferienhaus für Teilnehmer, welche während der Dauer des Seminars nächtigen müssen, zubereitet. Mittag- und Abendessen werden in den Wegen eines Caterings des Gasthauses „L.“ in der M.-straße geliefert und dem Veranstalter hinsichtlich des vollen Preises in Rechnung gestellt. Es finden im Jahr ungefähr zwischen 70 und 80 Seminare statt mit Dauer von 1/5 Tagen.

Es kann sohin nicht jeder die Leistungen des Vereins in Anspruch nehmen, sondern nur Seminarteilnehmer und anspruchsberechtigte Personen, die eine Nächtigung in Anspruch nehmen. Es ist nicht einmal möglich, für anspruchsberechtigte Personen nur zum Zweck einer Konsumation die Vereinsgasträume aufzusuchen. Das Betreten des Ferienhauses ist auch nur nach Betätigen einer Gegensprechanlage möglich. Zwischen 20:00 Uhr und 07:00 Uhr ist es Personen, die nicht Gast des Ferienhauses sind, nicht möglich, das Ferienhaus zu betreten und zwischen 07:00 Uhr und 20:00 Uhr kann der anwesende diensthabende Mitarbeiter online überprüfen, ob es sich bei Einlassbegehrenden um anspruchsberechtigte Personen handelt. Buchungen können nur in der Zentrale des Vereins, welche sich in einem N.-gebäude in Wien befindet, vorgenommen werden. Dies online oder schriftlich. Es wird aber überprüft ob es sich um anspruchsberechtigte Personen handelt. Eine Zulassung in das Ferienhaus ist auch nur mittels Buchungsbestätigung in Zusammenschau mit einem Lichtbildausweis möglich, um sicherzustellen, dass keine anderen Personen die Leistungen in Anspruch nehmen können.

Eine zusätzliche Leistung des Vereins, welche nicht mit den Nächtigungen oder Durchführung von Seminaren im Ferienhaus zu tun hat, ist die Ausgabe von Essensbons an alle Mitarbeiter der N. AG im Wert von € 1,10 für ein Mittagessen nach den Vorgaben des Finanzministeriums. (Einkommenssteuergesetz und Einkommenssteuerrichtlinie)

Art und Weise der finanziellen Zuwendungen der N. werden in der Betriebsvereinbarung geregelt, welche nunmehr vorgelegt wird. Darin wird auch

die Berechnungsweise festgelegt. Punkt III der Betriebsvereinbarung legt fest, dass mit Auflösung des Vereins das Vermögen an die N. AG zurückfällt.

Ich bin aktiver Mitarbeiter der N. und erhalte von dort auch mein Gehalt. Für meine Vereinstätigkeit erhalte ich nur eine Aufwandsentschädigung von € 2.000,- - 12 mal im Jahr. Der Verein selbst beschäftigt 6 Mitarbeiter, welche auch vom Verein bezahlt werden, aber im Rahmen der Subventionen auch abgedeckt werden. Diese 6 Mitarbeiter kümmern sich um die Abwicklungen im Haus.

Die Vereinseigene website kann nur von anspruchsberechtigten Mitarbeitern bzw. Ex-Mitarbeitern unter Angabe der Personalnummer besucht werden. Pensionierte Mitarbeiter müssen sich registrieren lassen, mittels BVA Nummer.

Eine anspruchsberechtigte Person darf nur einen Angehörigen zur in Anspruchnahme der Leistung mitnehmen und Kinder auch nur dann wenn für diese Familienbeihilfe bezogen wird. Ein Angehöriger kann immer nur als Begleitung mitgenommen werden, kann aber selbst nicht buchen.

Es muss jährlich ein Leistungsbericht an die Generalversammlung abgegeben werden, aus diesem geht auch hervor, dass der Verein Außenauftritte hat. Zu den darin angeführten Veranstaltungen mit Info-Messestand hat kein Außenstehender Zutritt und wird dies auch überprüft. Aktuell gibt es 52.000 Anspruchsberechtigte, davon 22.000 pensionierte Mitarbeiter.“

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat ausgeführt, dass das Verhältnis des Vereins zur N. AG unverändert sei. Der Verein könne nicht ohne deren Zuschüsse existieren.“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Folgender Sachverhalt wird als erwiesen angesehen und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist (einer von zwei) Geschäftsführer(n) des Vereins „C.“ mit Sitz in Wien und daher zur Vertretung des Vereines nach außen berufen.

Der Verein „C.“ wurde im Mai 2005 basierend auf einer Betriebsvereinbarung mit dem Vorstand der N. AG und dem Zentralbetriebsrat nach dem Vereinsgesetz 2002 gegründet. Zuzufolge den Statuten des Vereins in der Fassung vom 09.05.2016 ist der Verein gemeinnützig und nicht auf Gewinn gerichtet. Er bezweckt die soziale Betreuung der aktiven Mitarbeiter der N. AG sowie deren Tochterunternehmen im In- und Ausland, an denen die N. zumindest mehrheitlich beteiligt ist, der Mitarbeiter im Ruhestand der N. AG, der P. AG und der R. AG sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen mittels Unterstützung, Führung von bestehenden, Schaffung von neuen oder Anmietung von sozialen, kulturellen sowie der Erholung, Bildung oder der Verpflegung dienenden Einrichtungen, Hinterbliebenen-Vorsorge, Gewährung materieller Zuwendungen, Spenden an gemeinnützige Vereine, Aktivitäten zur präventiven Unterstützung

der körperlichen, geistigen und seelischen Gesundheit, soziale Beratung und Krisenintervention (s. § 2 der Statuten des Vereines).

Aktuell gibt es 52.000 Anspruchsberechtigte, davon 22.000 pensionierte Mitglieder. Die Höhe des Entgelts für soziale Leistungen des Vereines ist gestaffelt nach dem Einkommen der Mitarbeiter.

Der Verein hebt keine Mitgliedsbeiträge ein, sondern werden die materiellen Mittel durch Zuwendungen der N., deren Tochterunternehmen, Spenden Dritter, aus Erträgen aus vereinseigenen Unternehmungen sowie aus Erträgen aus der Vermögensverwaltung aufgebracht (§ 3 der Statuten). Der Verein „C.“ erwirtschaftet keine Gewinne, sondern ist finanziell von den Zuwendungen der N. AG abhängig. Diese Zuschüsse haben im Jahr 2015 rund EUR 6,4 Mio und im Jahr 2016 rund EUR 6,3 Mio betragen. Art und Berechnungsweise der finanziellen Zuwendungen der N. AG sind in einer Betriebsvereinbarung festgelegt. Die Dotation durch die N. AG erfolgt einmal jährlich im Vorhinein.

Der Verein besteht aus 13 von der N. sowie 13 von der Personalvertretung der Bediensteten der N. AG nominierten natürlichen Personen (insgesamt 26), die aktive Bedienstete des Unternehmens sind und ihr Amt ehrenamtlich ausüben. Als aktive Mitarbeiter der N. zählen die Vereinsmitglieder ebenfalls zu den Anspruchsberechtigten.

Die beiden Geschäftsführer sind aktive Mitarbeiter der N. AG und erhalten von dort ihr Gehalt. Für ihre Vereinstätigkeit erhalten sie eine Aufwandsentschädigung und die Vereinsmitglieder Sitzungsgelder.

Der Verein hat sein Büro in Räumlichkeiten, die ihm von der N. AG zur Verfügung gestellt werden und wird der gesamte Büroaufwand des Vereines von der N. getragen. Die Infrastruktur wird von der N. dem Verein zur Verfügung gestellt.

Der Verein „C.“ betreibt – so auch im angelaasteten Zeitraum - (unter anderem) im Standort Wien, E.-gasse das „Ferienhaus Wien“, welches von den genannten Anspruchsberechtigten als Unterkunft (Übernachtung mit Frühstück) zu Erholungszwecken gebucht werden kann. Weiters steht das „Ferienhaus Wien“ als Seminarort zur Verfügung ausschließlich für Seminare der N., deren

Tochterunternehmen und des Betriebsrats. Der Verein stellt für diese Seminare die Räumlichkeiten zur Verfügung und sorgt für die Verpflegung in Seminarpausen. Nur Vortragende und Teilnehmer an den Seminaren haben die Möglichkeit im Ferienhaus zu übernachten und zu frühstücken. Andere Personen als die in den Vereinsstatuten angeführten Personen können die Leistungen des „Ferienhauses Wien“ nicht in Anspruch nehmen.

Das „Ferienhaus Wien“ besteht aus insgesamt 34 Doppelzimmern, einer Rezeption, einem Speise-/Frühstücksraum mit Selbstbedienungs-Frühstücksbuffet (von 07:30 Uhr bis 10.00 Uhr) getrennten Gäste-Toilette-Anlagen und Personaltoiletten, einer ausgestatteten Küche (ua. mit Mikrowellen und Kühlgeräten) und Küchen-Nebenräumen (zB Trockenlagerraum).

Der Verein selbst beschäftigt sechs Mitarbeiter, welche vom Verein auch bezahlt werden. Diese kümmern sich um die Abwicklungen im „Ferienhaus Wien“. Lebensmittel für das Frühstücksbuffet werden auf Rechnung des Vereins eingekauft. Mittag- und Abendessen für Seminar-Teilnehmer werden im Wege eines Caterings von einem Gasthaus geliefert, vom Verein bezahlt und dem Veranstalter hinsichtlich des vollen Preises in Rechnung gestellt.

Anspruchsberechtigte können entweder über die vereinseigene Website www.c.at, zu der nur diese Personen Zutritte haben, oder mittels Formular brieflich, per E-Mail oder per Fax Übernachtungen im „Ferienhaus Wien“ buchen. Dort angebotene Informationen (aber auch Informationen auf Messen) sind nur einem geschlossenen Benutzerkreis der Anspruchsberechtigten nach den Vereinsstatuten, welche sich mit Namen und SV-Nummer einloggen müssen, zugänglich. Die Zugriffsberechtigung wird auf Basis einer Betriebsvereinbarung aktuell gehalten. Eine anspruchsberechtigte Person darf einen Angehörigen zur Inanspruchnahme der Leistung mitnehmen. Ein Angehöriger kann aber selbst nicht buchen. Einlass in das Ferienhaus erhalten nur anspruchsberechtigte Personen nach Überprüfung mit Buchungsbestätigung und Lichtbildausweis.

Ein vom Verein „C.“ für eine Nächtigung im „Ferienhaus Wien“ eingehobener Betrag liegt unter den tatsächlichen Kosten. Auch anspruchsberechtigten Personen mit höherem Einkommen wird ein nicht kostendeckender Preis verrechnet. Je weniger der Verdienst ausmacht, desto weniger muss von dem

nicht kostendeckenden Preis bezahlt werden. Hier gibt es Abschläge bis zu 35 % sowie Abzüge für Alleinverdiener und Kinder. Die Preise für Nächtigungen mit Frühstück gehen aktuell von € 29,-- bis € 33,--. Bei jeder Nächtigung gibt es einen Abgang (so aktuell in der Höhe von EUR 28,02; 6491 Nächtigungen im Jahr 2018 haben einen Abgang – ohne Subvention der N. – von EUR 183.299,-- erzeugt.).

So hat der Verein laut Stellungnahme vom 01.08.2017 für die Übernachtung eines Seminarteilnehmers inkl. Frühstück im „Ferienhaus Wien“ EUR 64,-- eingenommen. Ein Teilnehmer bezahlte als Entgelt EUR 35,--, und EUR 29,-- erhielt der Verein aus einem Zuschuss der N.. Diesen Einnahmen standen Ausgaben in der Höhe von EUR 69,-- gegenüber. Der Verlust von EUR 5,00 pro Nacht wurde mit einer von der N. gewährten Rücklage ausgeglichen.

Die getroffenen Feststellungen gründen sich hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes und der Ausstattung des „Ferienhauses Wien“ auf die - diesbezüglich unbestritten gebliebenen - Angaben eines Kontrollorganes der Magistratsabteilung 59 in der Anzeige vom 29.11.2016 über gemachte Wahrnehmungen anlässlich einer am 11.11.2016 durchgeführten Überprüfung, welche auch mittels angefertigten Lichtbildern dokumentiert wurden. Bei dieser Überprüfung wurde vom Kontrollorgan auch wahrgenommen, dass von ca. 20 Personen im Speise-/Frühstücksraum Kaffee getrunken und zwei bei Personen bei der Rezeption eincheckten. Dass Lebensmittel für das Frühstücksbuffet auf Rechnung des Vereins „C.“ eingekauft werden und für Mittag-/und Abendessen bei Bedarf im Zuge des Aufenthalts von Seminarteilnehmern ein Cateringdienst eines Restaurants (vorerst) auf Rechnung des Vereins in Anspruch genommen wird, wurde vom Beschwerdeführer ebenfalls nicht in Abrede gestellt.

Die sonstigen Feststellungen gründen sich auf die vom Beschwerdeführer im Verfahren vorgelegten Unterlagen, insbesondere die Vereinsstatuten, die Betriebsvereinbarung und die Einnahmen-/Ausgabengegenüberstellung als auch die Angaben des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde und in der mündlichen Verhandlung am 26.04.2019.

Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung im Wesentlichen – offenbar gestützt auf § 1 Abs. 6 GewO 1994 - zugrunde gelegt, dass im Hinblick auf die beschriebene Ausstattung der Räumlichkeiten, in der die Tätigkeit ausgeübt

werde, vom Erscheinungsbild eines Gastgewerbes in der Betriebsart Frühstückspension auszugehen ist. Nach der Rechtsprechung rechtfertige schon das Vorhandensein von typischen Einrichtungsgegenständen eines Gewerbebetriebes die Annahme des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Dafür spreche auch die Entgeltlichkeit der Übernachtung mit Frühstück und dass sich dieser Preis nach dem Einkommen richte sowie das Vorhandensein einer Rezeption. Der Umstand, dass angeführte Rechnungen auf den Verein „C.“ lauten und somit der Verein sehr wohl mit der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen das Gastgewerbe in der Betriebsart Frühstückspension ausgeübt habe und der Betrieb das Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebes aufweist, sei die Verwaltungsübertretung als erwiesen anzusehen.

Der Beschwerdeführer bestreitet dass die gegenständliche Tätigkeit im „Ferienhaus Wien“ den Regelungen der GewO unterliegt, da der Verein die Tätigkeit nicht in Gewinnerzielungsabsicht ausübe, der Verein vielmehr voll von den Zuwendungen der N. AG finanziell abhängig sei. Er sei nicht auf die Erlangung finanzieller Vorteile für die Mitglieder von „C.“ ausgerichtet, sondern werden durch die Leistungen des Vereins die aktiven und ehemaligen Mitarbeiter der N. sowie deren engste Angehörige, sohin ein eingeschränkter Personenkreis, begünstigt. Außerdem weise das „Ferienhaus Wien“ nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf.

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF. BGBl. I Nr. 155/2015, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 € zu bestrafen ist, wer 1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Gemäß § 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; hiebei macht es 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.

Gemäß § 1 Abs. 3 leg cit liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Gemäß § 1 Abs. 5 der GewO 1994 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.

Gemäß § 1 Abs. 6 leg cit 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. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 leg cit bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) für die Beherbergung von Gästen.

Der Beschwerdeführer ist – unbestritten - Geschäftsführer des Vereins „C.“ und laut den Vereinsstatuten zur Vertretung nach außen berechtigt. Es trifft ihn daher die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 9 Abs. 1 VStG.

Beim Verein „C.“ handelt es sich um einen Verein nach dem Vereinsgesetz 2002 (früher Vereinsgesetz 1951).

Eine Tätigkeit wird nach dem grundsätzlich maßgeblichen § 1 Abs 2 GewO 1994 gewerbsmäßig ausgeübt wird, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit zu erzielen.

Das Vorliegen des Kriteriums der „Selbständigkeit“ ist im Hinblick auf den Umstand, dass die Tätigkeit des Betriebes des „Ferienhauses Wien“ auf eigene Rechnung und Gefahr durch den Verein „C.“ ausgeübt wird, da dieser – ungeachtet der Zuwendungen der N. AG – nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente (so finden Buchungen für Nächtigungen mit Frühstück gegen Entgelt beim Verein statt und werden auch für den Betrieb erforderliche Sachen wie Lebens- oder Reinigungsmittel oder das Mittag- und Abendessen mittels Catering auf Rechnung des Vereins bestellt und (vorerst) bezahlt), das unternehmerische Risiko trägt, zu bejahen.

Das Vorliegen des Kriteriums der „Regelmäßigkeit“ liegt angesichts der Wiederholung dieser Tätigkeit unbestritten vor.

Was das Kriterium der „Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen“, betrifft, kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem nach dem Vereinsgesetz 2002 (früher Vereinsgesetz 1951) 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 (vgl etwa die Erkenntnisse vom 3. März 1999, ZI 97/04/0183, mwN, und vom 18. Februar 2009, ZI 2005/04/0249).

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 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 aber nicht jeder Vereinstätigkeit, deren Erträgnisse der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereines dienen, schon allein im Hinblick auf diese Eigenschaft die 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. Bei Beurteilung der Ertragsabsicht ist also unter dem Gesichtspunkt des § 1 Abs 2 GewO 1994 nicht die Gesamtgebarung des Vereins, sondern nur die mit dem jeweils in Rede stehenden Aspekt der

Vereinstätigkeit verbundene diesbezügliche Absicht zu berücksichtigen (arg: Ertragsabsicht "im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit" in § 1 Abs 2 GewO 1994). Sollen mit den für die Leistungen des Vereins eingehobenen Entgelten auch Kosten des Vereins im Zusammenhang mit anderen Vereinstätigkeiten abgedeckt werden, so liegt die Ertragsabsicht vor (vgl etwa VwGH 23. Oktober 1995, ZI 93/04/0110, mwN; in diesem Sinn auch Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO 19942, (2003), Rz 14 zu § 1). In Fällen, in denen Vereine durch die Entfaltung einer (wirtschaftlichen) Tätigkeit Einnahmenüberschüsse erzielen wollen, die dann zur Finanzierung anderer - rein ideeller - Aktivitäten verwendet werden sollen, bedarf es dementsprechend einer Gewerbeberechtigung (s. VwGH 20.12.2010, 2009/03/0028).

Das subjektive Element der „Gewinnerzielungsabsicht“ ist aus äußeren Umständen abzuleiten, herkömmlich genügt es, dass eine Tätigkeit im Allgemeinen auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist, der im Einzelnen nicht unbedingt in einem geldlichen Gewinn bestehen muss (VwGH 29.01.1952, 1468/51).

Zufolge dem mit Unterlagen belegten Vorbringen des Beschwerdeführers in Zusammenschau mit den Vereinsstatuten kann im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass der Verein „C.“ das „Ferienhaus Wien“ in der Absicht betreibt, einen mit dieser Tätigkeit in Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen. Dies leuchtet schon aus dem Umstand hervor, dass unabhängig von der Einkommenssituation einer laut Statuten anspruchsberechtigten Person ein nicht kostendeckender Betrag als Entgelt eingehoben wird und selbst unter Berücksichtigung der finanziellen Zuwendungen durch die N. pro Nächtigung ein finanzieller Abgang verzeichnet wird, der nur durch von der N. gewährte Rücklagen ausgeglichen werden kann. Das entsprechend § 1 Abs. 5 GewO 1994 die Absicht des Vereines besteht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil – hier durch die im Vergleich zum freien Markt kostengünstigere Inanspruchnahme eines Aufenthalts mit Frühstück im „Ferienhaus Wien“ – den Mitgliedern des Vereines (als Personenvereinigung) zufließen zu lassen, kann ebenfalls nicht angenommen werden, da die Inanspruchnahme der gegenständlichen Leistung eben nicht auf die Vereinsmitgliedschaft, sondern zufolge den Vereinsstatuten und der Vereinbarung mit der N. AG auf einen beschränkten Personenkreis aktiver und

pensionierter ehemaliger Mitarbeiter der N. samt nahestehenden Angehörigen abstellt und nicht an eine Vereinsmitgliedschaft geknüpft ist (wenngleich die 26 Vereinsmitglieder selbst, aber in ihrer Eigenschaft als aktive Mitglieder, in den Genuss der Leistungen kommen können).

Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 (nunmehr: Vereinsgesetz 2002) liegt nach § 1 Abs. 6 GewO 1994 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. Übt ein solcher Verein eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Durch § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 wird eine Vermutung für das Vorliegen der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, aufgestellt, die von dem betreffenden Verein durch den Nachweis eines davon abweichenden Sachverhaltes widerlegt werden kann (s. VwGH 03.03.1999, 97/04/0183).

Diese Rechtsvermutung ist bei Vereinen nicht anzuwenden, bei denen amtsbekannt ist, dass sie nicht in Ertragsabsicht handeln, weil sie wohltätigen, sozialen Zwecken udgl. dienen. (Bericht des Handelsausschusses zur GewR Nov 1992 (876 BlgNR 18.GP). Kriterien hierfür sind vor allem die Konzeption des vom Verein eingerichteten Betriebes als wirtschaftlich nicht selbsttragende Einheit (dh. der Verein ist von vornherein so angelegt, dass er nur durch den Empfang von Subventionen seine Funktionsfähigkeit aufrecht erhalten kann) und die Förderung von Personen, die nicht Vereinsmitglieder sind (Prot 1993, Pkt 3).

Der Verein „C.“ dient nach seinen Vereinsstatuten vorwiegend sozialen Zwecken (soziale Betreuung). Im vorliegenden Fall kann aufgrund der getroffenen Feststellungen davon ausgegangen werden, dass der Verein „C.“ von vornherein so konzipiert ist, dass er nur aufgrund der erheblichen Subventionen der N. AG seine Tätigkeit aufrecht erhalten kann. Außerdem bezweckt der Verein die

Förderung von aktiven und pensionierten Mitgliedern der N. und nicht von Vereinsmitgliedern (wenngleich auch die - im Vergleich zur Zahl der anspruchsberechtigten Personen sehr kleine Zahl der – Vereinsmitglieder, als aktive Mitglieder der N. AG, die Leistungen des Vereines in Anspruch nehmen können).

Das Verwaltungsgericht geht daher davon aus, dass die Rechtsvermutung des § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 beim Verein „C.“ nicht zur Anwendung kommt bzw. vom Beschwerdeführer die Absicht durch sein Vorbringen entkräftet wurde.

Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt nach dem durch die Gewerberechts-Novelle 1988 BGBl 399 eingefügten § 1 Abs 6 GewO 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. Diese Bestimmung wurde geschaffen, weil nach der Meinung des Gesetzgebers in letzter Zeit immer mehr Vereine deswegen gegründet worden waren, um für die Vereinsmitglieder Tätigkeiten auszuüben, die den Gegenstand eines Gewerbes bilden. Da in solchen Fällen der Ertrag der Vereinstätigkeit den Mitgliedern nicht unmittelbar zufließt, sondern die Vereinstätigkeit den Mitgliedern dadurch Vorteile bringt, daß sie sich gegenüber der Inanspruchnahme vergleichbarer Gewerbebetriebe Kosten ersparen, müsse das Merkmal der Ertragsabsicht bei Personenvereinigungen neu gefaßt werden (RV 341 BlgNR 17. GP 31). Bei der Neufassung dieser Bestimmung ging der Handelsausschuß davon aus, dass zahlreiche Vereine nach dem Vereinsgesetz 1951 existieren, deren Tätigkeit insgesamt zwar den Mitgliedern gewisse wirtschaftliche Vorteile verschafft, welche jedoch bei diesen Vereinen gleichsam nur als Nebeneffekt einer Tätigkeit auftreten, der im Übrigen keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Verfolgung und der Pflege des Vereinszwecks zukommt. Diese Vereine sollten durch § 1 Abs. 6 GewO nicht erfasst werden, da für sie charakteristisch sei, dass sie nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweisen. Das heiße also, dass etwa ein Musikverein für sein Vereinsorchester Instrumente und Noten, ein Fußballverein die Mannschaftsdressen und Bälle, ein Schützenverein die Schützentrachten

weiterhin unbeanstandet ohne Gewerbeberechtigung besorgen dürfe. Weiters bedürften die im land- und forstwirtschaftlichen Bereich üblichen Vereine, wie z.B. Vereine von Tierhaltern, Weinbautreibenden usw., mangels Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes in der Regel keiner Gewerbeberechtigung.

Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes werde hingegen dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern - wenn auch zur Förderung des ideellen Zwecks - 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. Hierbei komme 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 (Bericht des Handelsausschusses 690 BlgNR 17. GP 2 f).

Das Betreiben des „Ferienhauses Wien“ (Übernachtungen mit Frühstück und zur Verfügungstellung der Räumlichkeiten für die Durchführung von Seminaren) allenfalls auch mit Mittags- und Abendverpflegung) durch den Verein „C.“ kann nun auch im Hinblick auf die Vereinsstatuten (s. § 2 Abs. 3 lit. a) zu den Mitteln) nicht als bloßer Nebeneffekt einer Tätigkeit angesehen werden, der im Übrigen keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Verfolgung und der Pflege des Vereinszwecks zukommt. Die Tätigkeit des Vereins „C.“ ist auch nicht mit den Tätigkeiten der vergleichsweise angeführten Vereine nach dem Vereinsgesetz 1951 (nunmehr: Vereinsgesetz 2002) vergleichbar. Diese Vereine sollten durch § 1 Abs 6 GewO nicht erfaßt werden, da für sie charakteristisch sei, daß sie nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweisen.

Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes werde hingegen dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern - wenn auch zur Förderung des ideellen Zwecks - 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. Hierbei komme 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 (s. oben).

Hinsichtlich dieses Kriteriums kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn diese im Hinblick auf die Ausstattung und das Erscheinungsbild des „Ferienhauses Wien“ (34 Doppelzimmer, eine Rezeption, ein Speise-/Frühstücksraum, ein Selbstbedienungs-Frühstücksbuffet von 07.30 Uhr bis 10:00 Uhr, getrennte Gäste-Toilettenanlagen für Damen und Herren und getrennte Personaltoiletten, eine entsprechend ausgestattete Küche ua. mit Mikrowellen und Kühlgeräten, Küchen-Nebenräume wie ua. ein Trockenlagerraum; laut Lichtbildern am Eingang ein Schild mit der Aufschrift „Willkommen im Ferienhaus Wien“) davon ausgegangen ist, dass das Erscheinungsbild eines Gastgewerbebetriebes in der Betriebsart Frühstückspension im gegebenen Fall vorliegt (s. hierzu VwGH 03.03.1999, 97/04/0183). Der Umstand, dass die Unterkunft nur für einen beschränkten Personenkreis im Büro des Vereines buchbar ist, ändert an diesem Erscheinungsbild nichts.

Die belangte Behörde ist aber auf die zweite Voraussetzung des § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994, wonach „die Tätigkeit – sei es mittelbar oder unmittelbar - auf die Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist“, in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht näher eingegangen, sondern hat sie bloß aus der Entgeltlichkeit der Tätigkeit auf eine Absicht nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 geschlossen.

Obwohl nicht zu übersehen ist, dass der laut Vereinsstatuten anspruchsberechtigte Personenkreis (im Wesentlichen aktive und pensionierte ehemalige Mitglieder der N. und ihrer Tochterunternehmen) durch die gegenständliche Tätigkeit des Vereines dadurch einen vermögenswerten Vorteil erlangt, als dadurch offenkundig eine Kostenersparnis gegenüber der Inanspruchnahme vergleichbarer Gewerbebetriebe vorliegt, besteht von Seiten des Vereines nicht die Absicht auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder. Dass auch die 26 Vereinsmitglieder (neben etwa aktuell 52.000 Anspruchsberechtigten) faktisch in den Genuss der angebotenen Leistung kommen können, ist lediglich eine Folge der Voraussetzung, dass es sich bei

diesen um aktive Beschäftigte der N. AG bzw. von Tochterunternehmen handeln muss.

Das Vorliegen der zweiten Voraussetzung des § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994 ist daher zu verneinen.

Da sohin auf eine Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, im vorliegenden Fall nicht zu schließen war, war der Beschwerde statt zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und spruchgemäß das Strafverfahren einzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die zwingende Bestimmung des § 52 Abs. 8 VwGVG, wonach dem Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen sind, wenn der Beschwerde (auch nur teilweise) Folge gegeben wird.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die

Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Konecny
(Richter)