OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-800233/5/Bm/SHo

Datum:
Linz, 7. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde der B Z, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. G P, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 8. November 2016, GZ: Ge96-109-2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der GewO 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 8. März 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Für die Beschwerdeführerin entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I. und II.:

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 8. November 2016, GZ: Ge96-109-2016, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv 1.453 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 132 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 und § 1 Abs. 6 GewO 1994 iVm §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Z 3 GelverkG 1996 verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Der Verein X in der Gemeinde X, kurz: X, mit dem Sitz in X hat zumindest vom 25.10.2014 bis zumindest 14.09.2016 im X, X, das Taxigewerbe mit einem Kraftfahrzeug ohne Konzession ausgeübt, indem Vereinsmitglieder gegen Bezahlung von jeweils Euro 1,-- Taxifahrten im Gemeindegebiet X (Zone 1) oder gegen Bezahlung von jeweils Euro 2,-- Taxifahrten im Umkreis von 10 km (Zone 2) oder gegen Bezahlung von jeweils Euro 4,50 Taxifahrten im Umkreis von 20 km (Zone 3) in Anspruch genommen haben und somit sich für diese Vereinsmitglieder dadurch, dass sie durch diese Vereinstätigkeit Taxifahrten billiger als bei Inanspruchnahme einschlägiger Gewerbebetriebe in Anspruch nehmen konnten, ein vermögensrechtlicher Vorteil ergeben hat und weiters die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist, zumal diese Beförderungstätigkeit eine wesentliche Tätigkeit des Vereines darstellt, welche in diversen Zeitungen und im Internet entsprechend beworben und angeboten wurde.
Es liegt daher beim gegenständlichen Verein die Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen und insgesamt Gewerbsmäßigkeit vor, wobei die Tätigkeit im angeführten Tatzeitraum öfter als einmal die Woche, nämlich täglich, ausgeübt wurde.

Als Obfrau und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ des Vereins zur Förderung der Mobilität in der Gemeinde X sind Sie für die oben angeführte Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.“

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf durch ihren Rechtsanwalt innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, festzuhalten sei, dass ein aktives Bewerben und Anbieten einer Beförderungstätigkeit des Vereins in diversen Zeitungen und im Internet zu keinem Zeitpunkt stattgefunden habe. Lediglich im gemeindeinternen Rundschreiben „X“ sowie auf der gemeindeeigenen Homepage habe sich ein bezughabender Beitrag gefunden, welcher aber lediglich zu Informationszwecken der Gemeindebewohner und Mitglieder gedient habe und keinesfalls mit einer Bewerbung zur Inanspruchnahme der Vereinstätigkeit vergleichbar sei. Dies deshalb, da der Verein unter anderem die Förderung der Mobilität von Personen, die über kein Kraftfahrzeug verfügen bzw. in ihrer Mobilität eingeschränkt seien, die Sicherstellung der Erreichbarkeit von Versorgung- und

Dienstleistungseinrichtungen in der Gemeinde und die Stärkung sozialer Kontakte zwischen den Bewohnern der räumlich getrennten Ortsteile bezwecke. Ohne eine entsprechende Information der Gemeindeeinwohner ginge der gemeinnützige Vereinszweck ins Leere. Darüber hinaus stelle der Fahrdienst lediglich eine unumgängliche Nebentätigkeit zur Erreichung der eigentlichen, teilweise vorstehend bereits angeführten, Vereinszwecke dar. Die Mitglieder würden keinen vermögensrechtlichen Vorteil durch die Inanspruchnahme des Vereinsangebotes erlangen, sondern sei es Ziel die infrastrukturellen Gegebenheiten in der Gemeinde zu verbessern.

Besonders durch die unzureichende Anbindung an das öffentliche Verkehrsnetz sei vor allem die jüngere und ältere Gesellschaftsschicht oftmals auf die Hilfe anderer Personen angewiesen bzw. bleibe diesem Personenkreis der Zugang zu infrastrukturellen Gegebenheiten verwehrt.
Insgesamt solle durch die Vereinstätigkeit der Wohnstandort X für alle Bevölkerungsschichten attraktiver gemacht werden, was letztlich auch zur Erhöhung der Gemeindeeinnahmen, insbesondere der Ertragsanteile, beitrage.
Entgegen der Annahme der Behörde ergebe sich kein vermögensrechtlicher Vorteil aus der Mitgliedschaft zum Verein. Verdeutlicht werde dies beispielsweise dadurch, dass Mitglieder auch dann einen jährlichen Mitgliedsbeitrag zu entrichten haben, wenn sie keine Fahrten mit dem X unternehmen. Selbst wenn man von der Inanspruchnahme einiger Fahrten ausginge, käme man unter Hinzurechnung des Mitgliedsbeitrages auf ein Entgelt, das mit dem Wert der Dienstleistung in einem angemessenen Verhältnis stehe und keineswegs zu vermögensrechtlichen Vorteilen der Mitglieder führe. Darüber hinaus werde der Bf im Straferkenntnis zu Unrecht unterstellt, die Kriterien der Selbstständigkeit und Regelmäßigkeit würden von ihr nicht in Frage gestellt worden sein und werde deshalb jedenfalls vom Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale ausgegangen. Dies sei unzutreffend; in ihrer Rechtfertigung vom 10. Oktober 2016 führe die Bf ausdrücklich an, dass allein schon aus der fehlenden und im Übrigen auch von der Bezirksverwaltungsbehörde Braunau am Inn nicht bestrittenen, Ertragsabsicht eine Gewerbsmäßigkeit nicht vorliege. Eine die Selbständigkeit und Regelmäßigkeit betreffende detaillierte Argumentation sei sohin nicht mehr notwendig gewesen. Es sei aber keinesfalls so, dass die Bf diese beiden in Rede stehenden Tatbestandsmerkmale als gegeben ansehe. Zur Annahme einer Selbstständigkeit bedürfe es der Tragung des unternehmerischen Risikos, welches im konkreten Fall weder vom Verein noch von der Bf, sondern von der Gemeinde X getragen werde. Wie bereits in der Stellungnahme vom 10. Oktober 2016 ausgeführt, würden die fehlenden Mittel zur Kostendeckung im Falle eines Negativsaldos von der Gemeinde abgedeckt werden. Es sei hinlänglich bekannt, dass der Verein seine Funktionstätigkeit nur durch Erlangung von Spendengeldern seiner Mitglieder oder vereinsfremder Personen und durch Tragung des unternehmerischen Risikos durch die Gemeinde X aufrechterhalten könne. Zur Annahme einer allfälligen Gewerbsmäßigkeit fehle es

sohin am Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit, wodurch die GewO 1994 auf die gegenständliche Vereinstätigkeit keine Anwendung finde.
Bestritten werde weiters die Vereinstätigkeit bzw. das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Es werde dabei darauf abgestellt, wie sich der Verein hinsichtlich der üblicherweise von Gewerbetrieben ausgeübten Tätigkeit dem Publikum präsentiere. Im Gegensatz zu gewerblichen Taxiunternehmen betreibe der Verein „X“ keinerlei Werbetätigkeit zugunsten der Vereinstätigkeit. Darüber hinaus werde die zur Verwirklichung der Vereinszwecke unumgängliche Nebentätigkeit des Fahrens im Gegensatz zu einschlägigen Gewerbebetrieben durch ehrenamtliche Fahrer ausgeübt und sei dieser Umstand gemeindeweit bekannt. Nicht einmal das Fahrzeug ähnle einem typischen Taxifahrzeug. Es fehle beispielsweise am charakteristischen gelb leuchtenden Taxischild, wodurch beim Publikum nicht einmal in entferntester Weise der Eindruck erweckt werde, es handle sich um ein Fahrzeug zur gewerbsmäßigen Personenbeförderung. Darüber hinaus würden durch das „X“ nur jene Strecken abgedeckt, für die keine passende öffentliche Verkehrsanbindung bestehe, während einschlägige Gewerbebetriebe auch in Konkurrenz mit den öffentlichen Verkehrsunternehmen stünden. Der Verein diene bekanntermaßen wohltätigen und sozialen Zwecken. Er sei im Gegensatz zu einem einschlägigen Gewerbebetrieb nicht als wirtschaftlich selbsttragende Einheit organisiert, sondern geradezu auf die Förderung von dritten Personen angewiesen. Entgegen der Annahme der Behörde weise der Verein „X“ daher nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes auf.
Zur subjektiven Tatseite bzw. zum Verschulden werde ausgeführt, dass es im VStG hierzu keine Definition der Schuldform „Fahrlässigkeit“ gebe. Zur Auslegung dieses Begriffes könne aber auf die Bestimmungen des StGB zurückgegriffen werden. Objektiv sorgfaltswidrig habe der Täter folglich nur dann gehandelt, wenn sich ein einsichtiger und besonnener Mensch des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört, an seiner Stelle anders verhalten hätte (Ro 2014/04/0072). Eine irrige Gesetzauslegung entschuldige den Betroffenen, wenn sie unverschuldet war (Ra2015/03/0092). Die Bf habe mit den obig getroffenen Ausführungen umfangreich dargestellt, weshalb die Voraussetzungen für die Annahme einer Gewerbsmäßigkeit nicht vorliegen würden. Sollte die Beschwerdeinstanz wider Erwarten zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen, so sei zumindest hinsichtlich der subjektiven Tatseite festzuhalten, dass ausreichend Argumente vorgebracht wurden, um glaubhaft und entschuldigt vom Nichtvorliegen der Gewerbsmäßigkeit ausgehen zu können. An der für diesen Fall irrigen Gesetzesauslegung treffe die Bf daher kein Verschulden und sei auch aus diesem Grund keine Verwaltungsstrafe über sie zu verhängen.
Aus diesen Gründen wird daher der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge in der Sache selbst entscheiden und das angefochtene Straferkenntnis mit der Begründung aufheben, dass eine Gewerbsmäßigkeit nicht vorliegt.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und die von der Bf beigebrachten Unterlagen. Weiters wurde am 8. März 2017 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Bf und ihr Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn teilgenommen haben und gehört wurden.
Als Zeuge einvernommen wurde Bürgermeister X, Gemeinde X.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit 10. August 2012 wurde der Verein X in der Gemeinde X, „X“ gegründet. Der Sitz des Vereines liegt in der Gemeinde X; als Obfrau des Vereines wurde X eingetragen. Im Tatzeitraum war der Verein unter der ZVR-Zahl X im Vereinsregister eingetragen.
Nach den Vereinsstatuten ist die Tätigkeit des Vereins nicht auf Gewinn gerichtet und bezweckt unter anderem:

- die Förderung der Mobilität von Personen, die über kein Kraftfahrzeug verfügen bzw. in ihrer Mobilität eingeschränkt sind;
- die Sicherstellung der Erreichbarkeit von Versorgungs- und Dienstleistungseinrichtungen in der Gemeinde und damit die Erhöhung der Versorgungssicherheit;
- die Stärkung sozialer Kontakte zwischen den Bewohnern bestimmter räumlich getrennter Ortsteile;
- die Ergänzung des bestehenden öffentlichen Verkehrsangebotes in Form eines zusätzlichen bedarfsorientierten Mobilitätsangebotes unter Ausschluss jeglicher gewerbsmäßiger Dienstleistung, welche von hierzu befugten Unternehmen zu erbringen ist.

Der Vereinszweck soll unter anderem durch die Organisation innergemeindlicher Verkehrsdienste im Rahmen organisierter Nachbarschaftshilfe erreicht werden.
Die erforderlichen materiellen Mittel werden nach den Vereinsstatuten durch öffentliche Förderungen und Subventionen, Sponsoren, Erträgnissen aus Veranstaltungen, Spenden, Beitrittsgebühren und Beiträge sowie Aufwandsentschädigungen aufgebracht.
Der Verein wurde auf Initiative der Gemeinde X gegründet. Der Bürgermeister der Gemeinde gehört als Vertreter der Gemeinde dem Vereinsvorstand an.

Konkret wurden Fahrdienste für Gemeindebewohner über die Gemeindehomepage und die Homepage „X“, die ebenfalls von der Gemeinde betrieben wurde sowie über die Gemeindezeitung über Vorreservierung und direkte Fahrtenbestellung im „X“ angeboten.

Die Homepage „X“ hat auszugsweise folgenden Inhalt ausgewiesen:
„Der schnelle Weg zum X

Vorreservierungen
bis zum Vortag in der Zentrale:
X
Mo-Fr von 09:00 – 15:00 Uhr
für Sonntag: bis Freitag: 15:00 Uhr

Fahrtenbestellung
am selben Tag direkt im X:
X
Mo-Fr von 07:30 – 18:30 Uhr
Sonntag: 07:45 – 14:00 Uhr

Individuelle Fahrten
Fahrten z.B. nach:

- Lokalbahnhof X
- X (Arzt oder X)
- X (Postamt oder Ortszentrum)
- X (Arzt oder Strandbad)
- X (Arzt)

sowie weitere Ziele nach Bedarf.
Fahrdienst zwischen allen Ortsteilen nach Bedarf (z.B. Zubringer zum Postbus, zur Gemeinde, zum Einkaufen, ...)

Sonntags-Fahrten
zum Strandbad, Moor, Frühschoppen, zur Kirche oder zu Veranstaltungen

Sonderfahrten nach Vereinbarung
- als Einzelfahrt oder für Vereine und Gruppen
- Shuttledienst bei Veranstaltungen
- auch am Samstag oder Abends

Tarifzonen
Preis pro Person und Strecke [...]

Zone 1 Fahrpreis € 1,-
Gesamtes Gemeindegebiet X

Zone 2 Fahrpreis € 2,-
Radius 10 km

Zone 3 Fahrpreis € 4,50,-
Radius 20 km

Gruppentarife
Pauschaltarif für Gruppen bis zu 4 Personen

Zone 1 Gruppentarif € 2,-

Zone 2 Gruppentarif € 4,-

Zone 3 Gruppentarif € 9,-“

Für die Fahrdienste wurde ein PKW verwendet, der über die Gemeinde und das Land Oberösterreich finanziert wurde.

Die Vereinstätigkeit ist nicht auf Gewinn ausgerichtet. Mit Gemeinderatsbeschluss wurde festgelegt, dass im Falle eines für den Verein aufscheinenden Negativsaldos die fehlenden Mittel zur Kostendeckung von der Gemeinde abgedeckt werden. Vom Land Oberösterreich wird wiederum der Abgang gegenüber der Gemeinde gefördert; die Aufteilung des Abganges beläuft sich auf fünfzig Prozent Gemeinde und fünfzig Prozent Land Oberösterreich.
Der Verein unterliegt auch der Gebarungsprüfung des Gemeindeausschusses.
Im Jahr 2013 standen den Vereinseinnahmen von 5.742,41 Euro Ausgaben in Höhe von 13.267,91 Euro gegenüber, im Jahr 2014 belief sich der Abgang auf 8.259,85 Euro und im Jahr 2015 auf 5.965,17 Euro. Diese Negativsaldos wurden von der Gemeinde abgedeckt.

Der Verein hat ca. dreihundert Mitglieder, davon sind dreißig ehrenamtliche Fahrer. Für die Fahrtätigkeiten erhalten die Fahrer kein Entgelt.
Die unternehmerischen Entscheidungen des Vereines werden in Absprache mit den Gemeindevertretern getroffen. Sind Entscheidungen des Vereines im Zusammenhang mit der Beförderungstätigkeit mit Kosten verbunden, nimmt die Gemeinde Einfluss, ebenso, wenn der Vereinszweck nicht mehr erfüllt wird. Von der Gemeinde wird eine Mitarbeiterin zur Verfügung gestellt, die die Annahme der PKW-Anforderungen übernimmt und an die jeweiligen ehrenamtlichen Fahrer weiterleitet.

In der Zeit vom 25. Oktober 2014 bis zu mindestens 14. September 2016 wurden durch den Verein für Vereinsmitglieder Fahrten gegen Entgelt übernommen.

4.2. Der hier festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung. In der mündlichen Verhandlung wurde von der Bf der Vereinszweck und die Vereinstätigkeit, insbesondere die finanzielle Gebarung, dargelegt. Diese Darlegungen wurden vom Zeugen Bürgermeister X vollinhaltlich bestätigt.
An den wahrheitsgemäßen Aussagen bestehen für das LVwG Oö. keine Zweifel. Es können daher die Aussagen der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 GelverkG 1996 gilt dieses Bundesgesetz für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung gilt – soweit dieses Bundesgesetz nicht besondere Bestimmungen trifft, für die in diesem Bundesgesetz unterliegenden Gewerbezweige (Abs. 1) - die GewO 1994 mit der Maßgabe, dass das Gewerbe nach dem GelverkG 1996 als reglementiere Gewerbe gelten, auf die § 95 Abs. 2 der GewO 1994 anzuwenden ist.

Nach § 2 Abs. 1 GelverkG 1996 darf die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Umfang des § 1 Abs. 1 nur aufgrund einer Konzession ausgeübt werden.

Nach § 3 Abs. 1 GelverkG 1996 dürfen Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (§ 2 Abs. 1) nur für folgende Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs erteilt werden:

1) [.....]

2) Für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers aufgrund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe);

3) Für die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden (mit Kraftfahrzeugen betriebenes Platzfuhrwerksgewerbes (Taxi-Gewerbe)); diese Gewerbeberechtigung umfasst auch die alleinige Beförderung von Sachen, die von einer Person ohne Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel getragen werden können, sowie die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises aufgrund besonderer Aufträge; oder

4) [.....]

Nach § 15 Abs. 1 Z 2 GelverkG 1996 hat bei Verwaltungsübertretungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3, 7 sowie bei Verwaltungsübertretungen gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 die Geldstrafe mindestens 1.453 Euro zu betragen.

Nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Nach § 1 Abs. 1 GewO 1994 gilt dieses Bundesgesetz, soweit nicht die §§ 2 – 4 GewO 1994 anderes bestimmen für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Nach 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 mach 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 einem nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung liegt Selbstständigkeit im Sinne dieses Bundegesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Nach § 1 Abs. 6 GewO 1994 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 gerichtete ist. Übt ein Verein gemäß dem VerG 1991 eine Tätigkeit, die bei vorliegender 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.

5.2. Im angefochtenen Straferkenntnis wird der Bf als Obfrau des Vereines zur Förderung der Mobilität in der Gemeinde X vorgeworfen, der Verein habe in einem bestimmten Zeitraum das Taxigewerbe mit einem Kraftfahrzeug gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 GelverkG 1996 ohne Konzession ausgeübt.

Von der Bf wird nicht bestritten, dass der genannte Verein in der Gemeinde X im Zeitraum 25. Oktober 2014 bis zumindest 14. September 2016 Fahrten über Bestellung für Mitglieder des Vereines gegen Bezahlung vorgenommen hat. In Abrede gestellt wird allerdings, dass vorliegend der Verein mit Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen gehandelt hat und wird weiters eingewendet, dass eine Selbständigkeit nicht vorliege.

Der Verwaltungsstraftatbestand des § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 enthält das Tatbestandselement, dass jemand „ein Gewerbe ausübt“. Zur Verwirklichung des genannten Tatbestandes genügt es jedoch nicht, dass eine Tätigkeit ausgeübt wird, die dem Tätigkeitsbereich eines Gewerbes vorbehalten ist, sondern müssen zudem auch die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 Abs. 2 GewO 1994 vorliegen (VwGH 15.09.1999, Zl 99/04/0110).

Bei den Merkmalen der Gewerbsmäßigkeit nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 handelt es sich um die der Regelmäßigkeit, Ertragsabsicht und Selbständigkeit.

Das Merkmal der Regelmäßigkeit ist vorliegend durch die Tätigkeit des Vereines im Zeitraum Oktober 2014 bis September 2016 jedenfalls gegeben.
Was die Ertragsabsicht betrifft, ist festzuhalten, dass in § 1 Abs. 6 GewO 1994 eine lex specialis für Vereine nach dem Vereinsgesetz getroffen wurde.

Nach dieser Bestimmung liegt 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 gilt für jene Fälle, in denen bei alleiniger Anwendung des § 1 Abs. 2 GewO 1994 die Ertragserzielungsabsicht verneint werden müsste, weil der Ertrag oder der wirtschaftliche Vorteil nicht dem Verein, sondern den Vereinsmitgliedern zukommt. (VwGH 24.11.1992, 92/04/0180).

Vorweg ist hierzu auf die mit der Bestimmung des § 1 Abs. 6 leg. cit. verfolgte Absicht des Gesetzgebers hinzuweisen:
In den EB zur 2. GewO-Novelle 1988 wird ausgeführt, dass in letzter Zeit immer mehr Vereine deswegen gegründet werden, um für die Vereinsmitglieder Tätigkeiten auszuüben, die den Gegenstand eines Gewerbes erfüllen. Da kein unmittelbares Zufließen des Ertrages der Vereinstätigkeit an die Mitglieder erfolgt, sondern die Vereinstätigkeit den Mitgliedern dadurch Vorteile erbringt, dass sie sich gegenüber der Inanspruchnahme vergleichbarer Gewerbebetriebe Kosten ersparen, muss das Merkmal der Ertragsabsicht bei Personenvereinigungen neu gefasst werden. Dies auch deswegen, weil die Kostenersparnis für die Vereinsmitglieder zu einem wesentlichen Teil daraus resultiert, dass die den Gewerbetreibenden obliegenden Verpflichtungen solchen Vereinen nicht erwachsen (z.B. Handelskammermitgliedschaft, Ausübungs- bzw. Ausstattungsvorschriften für z.B. Gastgewerbe, Reisebürogewerbe). Die vorgesehene Regelung liegt also im Interesse einer Chancengleichheit zwischen Gewerbetreibenden und Vereinen, deren eigentlicher Zweck oft nur die Umgehung der gewerberechtlichen Vorschriften ist.

Die in den EB angeführte Umgehungsabsicht wird im gegenständlichen Fall wohl nicht anzunehmen sein.
Der Verein verfolgt eindeutig soziale, gemeinnützige Zwecke; der Verein bezweckt nicht die wirtschaftliche Förderung der Mitglieder, sondern tritt der wirtschaftliche Vorteil für die Mitglieder des Vereines quasi nur als Nebeneffekt der Tätigkeit auf. Der Verein ist zudem von vornherein so angelegt, dass er nur durch den Empfang von Subventionen seine Funktionsfähigkeit aufrechterhalten kann.

Folgt man allerdings einer strikten Wortinterpretation des § 1 Abs. 6 leg. cit. ist davon auszugehen, dass mit der in Rede stehenden Tätigkeit des Vereins die Absicht verbunden ist, einen Ertrag oder sonstigen Vorteil zu erzielen.
Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes wird nämlich dann gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern – wenn auch zur Förderung des ideellen Vereinszweckes – Leistungen anbietet und erbringt oder Waren an Mitglieder vertreibt und dies in einer Art und Weise vor sich geht, die vergleichbar

ist mit dem Auftreten und der Gestion eines einschlägigen Gewerbebetriebes (Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO § 1, RZ 41).
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichthofes ist für das Bestehen des „Erscheinungsbildes“ auch nicht das Vorliegen sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen eines „einschlägigen“ Gewerbebetriebes erforderlich (VwGH 29.01.1991, Zl 90/04/0179).
Im vorliegenden Fall ist das Erscheinungsbild des Vereines beim Beförderungsbetrieb maßgebend. In diesem Belang unterscheidet sich der Verein in weiten Bereichen nicht von einem Taxiunternehmen.
Das Angebot der Beförderung wurde im Internet und in der Gemeindezeitung publiziert. Die Mitglieder können über Telefonrufsystem Vorreservierungen für bestimmte Fahrten tätigen sowie Fahrtenbestellungen für denselben Tag direkt beim Fahrer des X vornehmen. Die Fahrten können als Einzelfahrten aber auch als Gruppenfahrten bestellt werden und werden die Mitglieder zum gewünschten Ziel gegen Entgelt befördert.

Betrachtet man das vom Verein für die Beförderungstätigkeit in Anspruch genommen Entgelt, wird wohl auch der vermögensrechtliche Vorteil für die Vereinsmitglieder zu bejahen sein, da die geforderten Tarife (auch unter Einbeziehung des Mitgliedsbeitrages) weit unter den Tarifen liegen, die von einschlägigen Gewerbebetrieben berechnet werden.

Im Ergebnis wird davon auszugehen sein, dass mit der vorliegenden Tätigkeit des Vereines eine Ertragsabsicht im Sinne des § 1 Abs. 6 GewO 1994 verbunden ist.

Neben dem Merkmal der Ertragsabsicht bedarf es jedoch – wie oben ausgeführt - für die Qualifikation einer Tätigkeit als gewerbsmäßig auch der Erfüllung des Merkmales der Selbstständigkeit.

Diese ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Nach § 1 Abs. 3 GewO 1994 liegt Selbstständigkeit vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bedeutet die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr die Tätigkeit ausgeübt wird, wer das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene unternehmerische Risiko trägt. Dies ist nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt, zu beurteilen (vgl. 12.09.2001, 98/03/0057, 11.11.1998, 98/04/0050, u.a.).
In diesem Sinne ist das Tatbestandsmerkmal der Selbstständigkeit nach § 1 Abs. 3 GewO 1994 nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes jedenfalls dann als erfüllt anzusehen, wenn bei dem Ausführenden die Tragung des Gewinnes und des Verlustes liegt und die betrieblichen Entscheidungen durch den

Ausführenden völlig frei getroffen werden können, sohin völlige unternehmerische Entscheidungsfreiheit besteht. Zu berücksichtigen ist im Sinne der Gesamtbetrachtung auch, wem das Eigentum an Betriebsmitteln zukommt, wer die Reparatur-, Instandhaltungs-, sowie sonstige Kosten für Betriebsmittel trägt und von wem die Kosten allfälliger Investitionen getragen werden.

Wesentlich ist gegenständlich, dass nach dem vorliegenden Beweisergebnis der in Rede stehende Betrieb des Vereines von der Konzeption her als wirtschaftlich nicht selbsttragende Einheit eingerichtet ist. Der Verein wurde von vornherein so angelegt, dass er nur durch die Förderung der Gemeinde seine Funktionsfähigkeit (was auch die Reparatur-, Instandhaltungs- und sonstige Kosten für Betriebsmittel betrifft) aufrechterhalten kann. Dies zeigt der bei Gründung des Vereines erfolgte Gemeinderatsbeschluss, wonach die fehlenden Mittel zur Kostendeckung von der Gemeinde abgedeckt werden und wird auch durch die vorgelegten Ein- und Ausgangsbelege für die Jahre 2013 bis 2015 belegt. Zudem unterliegt der Verein der Gebarungsprüfung durch den Gemeindeausschuss. Aus dieser Konzeption heraus, ist der Verein auch nicht völlig frei, Entscheidungen unbeeinflusst vom Willen der Gemeinde zu treffen.

Dadurch, dass die Gemeinde im jeden Fall die fehlenden Mittel zur Kostendeckung der Tätigkeit des Vereines übernimmt, hat der Verein für die Folgen der mit der Tätigkeit verbundenen Verluste (die Frage der Gewinntragung stellt sich gegenständlich gar nicht) nicht einzutreten, trägt sohin bei der Ausübung keinerlei Anteil am unternehmerischen Risiko.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass das für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Tätigkeit erforderliche Merkmal der Selbstständigkeit gemäß § 1 Abs. 3 GewO 1994 im vorliegenden Fall nicht gegeben ist und war demgemäß das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen die Bf als Obfrau und somit als das zu Vertretung nach außen berufene Organ des Vereines einzustellen.

6. Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.

Zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier