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

Geschäftszeichen: **LVwG-800434/5/Bm**

Datum: **Linz, 2. Februar 2022**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde der N H, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J M, P, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 6. Mai 2021, GZ: BHGR/921080006182/21, wegen einer Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. September 2021

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als der Spruch zu lauten hat:

„Sie haben es als Präsidentin des Vereins ‚G H A -L und G' und sohin als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ zu verantworten, dass dieser Verein im Gasthaus ‚Z G' in N in der Zeit von 25. Juli 2020 bis 17. Oktober 2020 das Gastgewerbe selbstständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ausgeübt hat, indem Leistungen des Gastgewerbes, nämlich die Verabreichung von Speisen, in den sozialen Medien (wie z.B. Facebook) angeboten worden sind. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen ist der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten."
Die verletzte Rechtsvorschrift hat zu lauten:
„§ 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994".
Die Strafnorm hat zu lauten:
„§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994".
Hinsichtlich der Strafhöhe wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 300 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 1 Tag herabgesetzt werden.

II. Für die Beschwerdeführerin entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren wird mit 30 Euro (10 % der nunmehr festgesetzten Geldstrafe) bestimmt.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision 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 Grieskirchen (in der Folge: belangte Behörde) vom 6. Mai 2021, GZ: BHGR/921080006182/21, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe von 1.200 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen und 8 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 verhängt.

Nachstehender Tatvorwurf wurde der Bf im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegt:

„Datum/Zeit: 31.05.2020 – 24.03.2021
Ort: N, Gasthaus ‚Z G'

Sie haben als Verantwortliche des Vereines G H A- L- G im Gasthaus ‚Z G' in N folgende Übertretung der Gewerbeordnung zu verantworten:
Der genannte Verein hat auf dem Standort das Gastgewerbe in der Betriebsart Gasthaus selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl weder Sie noch der genannte Verein dafür eine Gewerbeberechtigung besitzt."

Begründend wurde von der belangten Behörde nach Zitierung der einschlägigen Rechtsvorschriften ausgeführt, beim verfahrensgegenständlichen Verein werde von dem Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes ausgegangen. Wie aus den Anzeigen der Polizeiinspektion und aus dem Internetforum „Facebook" ersichtlich sei, präsentiere sich der Verein demnach nach außen als Gasthaus und richte die Ankündigungen von Speiseangeboten somit an einen größeren Kreis von Personen. Die Speisen seien mit einer Mindestspende, welche einem üblichen Gasthauspreis entsprechen würde, käuflich zu erwerben. Von einem vermögensrechtlichen Vorteil für die Mitglieder des Vereins werde ebenfalls ausgegangen.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf innerhalb offener Frist durch ihre anwaltliche Vertretung Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, gegenständlich sei die Beschuldigte nie von einem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens in Kenntnis gesetzt worden, sie habe daher im Verfahren I. Instanz kein Parteiengehör gehabt. Ohne Aufforderung zur Rechtfertigung und ohne Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme zu allfälligen Beweisergebnissen sei das Straferkenntnis ergangen. Die Bf habe den ihr angelasteten Verwaltungsstraftatbestand weder bezüglich objektiver, noch subjektiver Tatbestandsmerkmale erfüllt.

3. Die belangte Behörde hat diese Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 1. September 2021, an der die Bf und ihr Rechtsvertreter sowie die Vertreter der Behörde teilgenommen haben und gehört wurden.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Die Bf ist für die Funktionsperiode 16. Februar 2020 bis 15. Februar 2025 Präsidentin des Vereins „G H A - L und G" mit Sitz in N. Der Verein ist im Vereinsregisterauszug zur ZVR-Zahl X mit Entstehungsdatum 1. April 2020 eingetragen.
Mit Nutzungs-Überlassungsvereinbarung wurde dem Verein von der Bf das Objekt N zur Nutzung ab 24. April 2020 für unbestimmte Zeit überlassen. In dem Objekt wurde bis 2017 das Gasthaus „Z G" vom Vater der Bf geführt, ab 8. Februar 2017 bis 31. Mai 2020 wurde im Standort N das Gastgewerbe von der Bf ausgeübt. Mit 31. Mai 2020 wurde die Gastgewerbeberechtigung von der Bf ruhend gestellt. Über Facebook wurde für Samstag, 25. Juli 2020 vom Verein das Livekonzert mit dem Künstler P H mit der Verlautbarung „versorgt werdet ihr natürlich vom Gasthaus ‚Z G'" mit der Bitte um Reservierung angekündigt. Weiters wurde über Facebook für Freitag, 31. Juli 2020 die öffentliche Probe des Musikvereins N mit dem Wortlaut „Der MV-N und das G Team freut sich auf euch" beworben. Weiters wurde für Samstag, 17. Oktober 2020 auf Facebook das Burger Essen im Gasthof „Z G" beworben und angekündigt.

Nach den Vereinsstatuten ist die gemeinnützige Tätigkeit des Vereins nicht auf Gewinn ausgerichtet und hat folgenden ideellen Zweck:
„Die vom Menschen geschaffenen Kulturen (insbesondere Reitkultur) mit den daraus entstandenen Traditionen, Bräuchen und Ritualen, im Besonderen der verschiedenen Arten des Bauerntums, sollen erhalten, gepflegt und anhand von gesellschaftlichen Veränderungen und Herausforderungen weiterentwickelt werden.
Die Mitglieder befassen sich mit der Erforschung und in weiterer Folge der Bildung über kulturelle Herkünfte, Herangehensweisen, deren Entstehung und Entwicklung.
Förderung von traditionellen und kulturellen Aktivitäten, insbesondere zum Erhalt und zur Pflege der Reitkultur.
Kunst, im Besonderen die bildende, gesundheitsfördernde LebensKunst, die parallel zu Traditionen und Kulturen entstanden ist, soll gepflegt und erlebbar gemacht werden."
Am Sitz des Vereins können grundsätzlich Getränke und Speisen konsumiert werden; die daraus erzielten Einnahmen werden für die Erhaltung des Gasthauses

und auch für die Wohnung der Bf, die sich im Gebäude des Vereins befindet, verwendet. Die Konsumation der Speisen und Getränke ist für Jedermann möglich, nicht zwingend ist, dass der Gast Vereinsmitglied ist. Die Gäste werden allerdings auf den Vereinszweck hingewiesen. Im Durchschnitt erfolgt eine Verabreichung einmal in der Woche. Das Gasthaus soll der Traditionserhaltung dienen. Der Verein sorgt für die Instandhaltung und Wartung des Gebäudes und werden vom Verein die Betriebskosten für das Gebäude und die darin befindliche Wohnung der Bf übernommen.

Über die sozialen Medien wurde vom Verein die Möglichkeit der Essensabholung für 10. Jänner 2021, 17. Jänner 2021 und 24. Jänner 2021 angeboten. Des Weiteren wurde die Essensabholung für 14. und 21. Februar 2021 angeboten.
Die in den sozialen Medien ausgegebenen Speisekarten weisen für die angebotenen Speisen für die Gastronomie übliche Preise auf.

4.2. Der hier festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere den darin einliegenden Berichten der Polizeiinspektion N/W samt Auszügen aus den sozialen Medien betreffend Ankündigung gastgewerblicher Tätigkeiten und Möglichkeit der Essensabholung und dem Vorbringen der Bf in der mündlichen Verhandlung.

5. Rechtliche Beurteilung:

5.1. Gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind.

§ 1 Abs. 2 bis 5 GewO 1994 lauten:

„(1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.
(2) Eine Tätigkeit wird 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.
(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden

Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.
(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll."

Nach § 5 Abs. 1 GewO 1994 dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden, soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt.

Gemäß § 339 Abs. 1 GewO 1994 hat, wer ein Gewerbe ausüben will, die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

Nach § 94 Z 26 GewO 1994 stellt das Gastgewerbe ein reglementiertes Gewerbe dar.

Gemäß § 111 Abs. 1 GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) für
1. die Beherbergung von Gästen;
2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist unter Verabreichung und unter Ausschank jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

5.2. Nach § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinn des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende, gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (siehe VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0147, und die darin zitierte Vorjudikatur).
Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass in den sozialen Medien, wie Facebook, jedenfalls am 25. Juli 2020, 31. Juli 2020 und 17. Oktober 2020 Tätigkeiten angeboten wurden, die eindeutig unter den Umfang des Gewerbes „Gastgewerbe" fallen. Schon die Beifügung der Ankündigungen „versorgt werdet ihr natürlich vom Gasthaus ‚Z G', ‚Gasthaus Z G gemütlich und

gut', ‚das G Team freut sich auf euch'" lässt den Schluss zu, dass ein Gasthaus betrieben wird, in dem naturgemäß Speisen und Getränke verabreicht werden. Die Eintragungen in den sozialen Medien waren jedenfalls geeignet, die darin aufscheinenden Ankündigungen einem nicht eingeschränkten Kreis von Personen bekannt zu machen und bei diesen Personen den Eindruck zu erwecken, dass die Tätigkeiten des Gastgewerbes im Gasthaus „Z G" entfaltet werden. Bei den Kunden entsteht jedenfalls der Eindruck, dass die gewerbliche Tätigkeit auf Rechnung und Gefahr des Gasthausbetreibers erfolgen soll. Von der Bf wird angeführt, dass die Tätigkeiten im Rahmen der Vereinstätigkeit erfolgten.

Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit ist, wie oben ausgeführt, nach der Bestimmung des § 1 Abs. 4 letzter Satz GewO 1994 der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten, das heißt, es gilt als Gewerbeausübung.

Da bereits das Anbieten an einen größeren Kreis von Personen einer gewerblichen Tätigkeit der Gewerbeausübung gleichzuhalten ist, kommt es gegenständlich auch nicht auf die Ertragserzielungsabsicht an. Diesbezüglich wird aber zum Beschwerdevorbringen auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Jänner 2018, Ra 2017/04/0088, verwiesen. Demnach kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem nach dem Vereinsgesetz 2002 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. 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 es aber nicht jeder Vereinstätigkeit, deren Erträgnisse der Verminderung des Gesamtaufwandes eines Vereins dienen, schon allein im Hinblick auf diese Eigenschaft an Gewerbsmäßigkeit. Entscheidend ist vielmehr, ob jene Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt werden, in der Absicht betrieben wird, einen den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen (vgl. VwGH 24.6.2015, 2013/04/0113, mwN). 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. 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 (vgl. VwGH 20.12.2010, 2009/03/0028, 0029, mwN).
Vorliegend wurde von der Bf angegeben, Zweck des Vereins ist, die Lebenskultur und die Lebensgemeinschaft zu fördern. Im ehemaligen Gasthaus befinden sich auch die Vereinszimmer; Getränke und Speisen werden verabreicht und werden die Einnahmen daraus für die Erhaltung des Gasthausgebäudes, das im Eigentum

der Bf steht, und die Wohnung der Bf, die sich auch in diesem Gebäude befindet, verwendet; die Betriebskosten für das Gebäude, auch für die Wohnung der Bf, werden vom Verein übernommen. Betrachtet man die im Akt einliegenden Speisekarten, kann von im Gastgewerbe üblichen Preisen ausgegangen werden. Da die Einnahmen auch für die Instandhaltung des gesamten Gebäudes und der Wohnung der Bf verwendet werden (können), muss davon ausgegangen werden, dass die im Rahmen der Vereinstätigkeit erfolgte Verabreichung von Speisen und Getränken in der Absicht betrieben wird, einen den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen.

Soweit die Bf vorbringt, dass der Verein ausschließlich unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinn der §§ 34ff BAO verfolgt und damit offenbar auf die in § 2 Abs. 1 Z 25 GewO 1994 angeführte Ausnahme abzielt, wonach Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie sonstige juristische Personen im Sinn der §§ 34ff BAO unter bestimmten Voraussetzungen selbst Speisen verabreichen und Getränke ausschenken dürfen, ist darauf zu verweisen, dass diese Ausnahme für eine gesellige und gesellschaftliche Veranstaltung nur in Betracht kommt, wenn diese nach außen hin erkennbar zur materiellen Förderung eines gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zweckes im Sinn der §§ 35, 37 und 38 BAO abgehalten wird. Die Widmung des Reingewinns der Veranstaltung muss für einen solchen Zweck nach außen hin erfolgen, das heißt, gegenüber der Öffentlichkeit wahrnehmbar und somit für Jedermann, insbesondere für die möglichen Besucher der Veranstaltung, erkennbar sein und die Erträge aus der jeweiligen Veranstaltung müssen nachweislich für diesen Zweck verwendet werden. Die Veranstaltungen dürfen insgesamt eine Dauer von 72 Stunden im Kalenderjahr nicht überschreiten. Wie sich aus den Feststellungen unter 4.1. ergibt, werden die Voraussetzungen schon in zeitlicher Hinsicht nicht erfüllt.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, weshalb Fahrlässigkeit im Sinn der zitierten Bestimmung ohne weiteres anzunehmen ist, sofern von der Bf kein Entlastungsnachweis erbracht wird. Gegenständlich ist der Bf ein solcher Entlastungsnachweis nicht gelungen.

Soweit die Bf vorbringt, hinsichtlich der Tatvorwürfe 28. Jänner 2021, 24. November 2020 und 25. Juli 2020 sei das Strafverfahren gegen die Bf eingestellt worden, ist anzuführen, dass es sich bei den Vorfällen 24. November 2020 und 25. Juli 2020 um Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen nach § 368

GewO 1994 handelt. Der Vorfall 28. Jänner 2021 wurde nunmehr auch nicht der Bf vorgeworfen.

5.4. Zur Strafhöhe ist festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Von der belangten Behörde wurde im angefochtenen Straferkenntnis eine Geldstrafe von 1.200 Euro verhängt. Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ist die Behörde von durchschnittlichen Verhältnissen ausgegangen.
In der mündlichen Verhandlung wurde von der Bf angeführt, dass sie über ein monatliches Einkommen von 475 Euro netto verfügt und Schulden von ca. 230.000 Euro hat. Weiters ist sie sorgepflichtig für zwei minderjährige Kinder. Schon im Hinblick auf die Tateinschränkung war die von der Behörde festgesetzte Geldstrafe herabzusetzen. Eine Herabsetzung ist aber auch im Hinblick auf die von der Bf in der mündlichen Verhandlung angegebenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse (monatliches Nettoeinkommen von 475 Euro, Schulden von 230.000 Euro und Sorgepflicht für zwei minderjährige Kinder) geboten. Eine weitere Herabsetzung der Strafe ist jedoch aus generalpräventiven und spezialpräventiven Gründen nicht möglich.

6. Was nun die im Akt evidenten Ankündigungen der möglichen Essensabholungen für 10., 17. und 24. Jänner 2021 sowie 14. und 21. Februar 2021 betrifft, ist auszuführen, dass nach § 111 GewO 1994 es einer Gewerbeberechtigung für das

Gastgewerbe für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken bedarf. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist unter Verabreichung und Ausschank jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt Verabreichung oder Ausschank vor, wenn eine über eine bloße Verkaufshandlung hinausgehende Tätigkeit in der Weise entfaltet wird, dass sie dem Gast ermöglicht, ohne etwas dartun zu müssen, die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle zu sich zu nehmen.
Die Verabreichung, also die Erbringung einer Dienstleistung, ist sohin wesentliches Merkmal für das Gastgewerbe. Daher ist das bloße Zubereiten von Speisen, die an nicht gastgewerbliche Abnehmer geliefert werden, ohne dass Dienstleistungen hinzutreten, um den Genuss der Speisen an Ort und Stelle zu ermöglichen, das heißt, ohne das Merkmal der Verabreichung, ein freies Gewerbe (siehe Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994[4] (2020) § 111 Rz 22).

Eine solche Möglichkeit des unmittelbaren Verzehrens der abholbereiten Speisen beim Gasthaus „Z G" konnte zu den von den Anzeigen erfassten Tatzeitpunkten (10., 17., 24. Jänner 2021, 14., 21. Februar 2021) nicht festgestellt werden, weshalb auch die Ausübung des Gastgewerbes für diese Tatzeitpunkte nicht angenommen werden konnte. Die Frage, ob die gegenständliche Tätigkeit der Speisenzubereitung mit der Möglichkeit der Selbstabholung einem anderen Gewerbe zuzuordnen ist (z.B. Handelsgewerbe), ist gegenständlich nicht zu prüfen, da der Bf ausschließlich die Ausübung des Gastgewerbes vorgeworfen wurde.

7. Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren war entsprechend herabzusetzen (§ 34 Abs. 1 und 2 VStG).

Zu III.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier