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-800481/26/MS

Datum:
Linz, 18. Jänner 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des K S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. R S, G, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 13. Juli 2022, GZ: BHPE/921110004960/21, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das gegen den Beschwerdeführer geführte Strafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

I. Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg (im Folgenden: belangte Behörde) wurde über Herrn K S (im Folgenden: Beschwerdeführer) wegen der Übertretung des § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 auf der Grundlage des § 366 Abs. 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von 360 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 10 Stunden verhängt und dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe vom 29. Mai 2021 22.00 Uhr bis zum 30. Mai 2021, 04.00 Uhr in S, wie durch Erhebungen der Polizeiinspektion St. Georgen festgestellt worden war, eine Party mit 15 bis 20 Personen organisiert, pro Person 10 € in bar für unlimitierte Konsumation von (alkoholischen) Getränken eingehoben und dadurch das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, obwohl er dafür keine Gewerbeberechtigung besitze.

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die Anzeige der Polizeiinspektion St. Georgen an der Gusen vom 11. Juni 2021, GZ: PAD/21/00970178/005/VStV sowie auf das Ergebnis des von ihr durchgeführten Ermittlungsverfahrens und nimmt darauf basierend, die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verwaltungsübertretung als erwiesen an.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verfasste und rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 26. Juli 2022, in der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des gegen den Beschwerdeführer eingeleiteten Strafverfahrens beantragt wird.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, es liege weder eine Regelmäßigkeit noch eine Ertragsabsicht vor und sei zudem, wenn man eine Tatbestandsmäßigkeit unterstellen würde, die verhängte Geldstrafe völlig überzogen.

Mit Schreiben vom 23. August 2022 und unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte unter Bekanntgabe eines Verhandlungsverzichts die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-

VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 3. November 2022, an der der Beschwerdeführer selbst, sein Rechtsvertreter sowie eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen. Als Zeugen wurden M, G, R, S und B einvernommen. Der Beschwerdeführer wurde als Auskunftsperson befragt. Auf die Einvernahme des Zeugen H wurde von den Parteien des Beschwerdeverfahrens verzichtet.

Der Beschwerdeführer gab als Auskunftsperson befragt Folgendes an:
„Es ist richtig, dass ich bereits bei der Polizei und bei der Bezirkshauptmannschaft Perg Angaben gemacht habe. Ich selber bin gegen 21 Uhr zur Party gestoßen, ich war vorher in Wieselburg unterwegs. Ich habe zu dieser Party, die eigentlich aus meiner Sicht ein gemütliches Zusammensitzen war, Herrn G eingeladen, der heute ebenfalls als Zeuge anwesend ist. Die Feier sollte eine Geburtstagsfeier für Herrn S werden. Wir haben uns aber beim Geburtstag um einen Monat vertan, weil der Geburtstag des Herrn S ein Monat später ist.
Mir waren nicht alle anwesenden Gäste bekannt, ich kannte aber Herrn R, Herrn S und Herrn G.
Die Party war bei Herrn R zuhause.
Es ist richtig, dass es nicht die erste Party war, die bei Herrn R zuhause stattgefunden hat, es hat schon früher eine gegeben, aus dem Akt habe ich entnommen, dass das am 8./9. Mai gewesen sein müsste.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wie ich Herrn G eingeladen habe, es kann sein, dass wir telefoniert haben oder via WhatsApp oder Instagram die Einladung erfolgt ist, genau kann ich das aufgrund der vergangenen Zeit nicht mehr sagen.
Ich kann heute nicht mehr sicher sagen, ob ich mit Herrn R an diesem Tag schon einmal Kontakt hatte, wenn war es nur telefonisch, weil ich an diesem Tag beruflich sehr eingespannt war.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wie lange ich bei der Party war, wahrscheinlich bis 1 Uhr oder 1:30 Uhr in der Früh. Während ich anwesend war, waren immer dieselben Personen da.
Als ich gekommen bin, habe ich mich dazugesetzt, ich selber habe nichts bezahlt, ich habe aber gehört, dass jemand etwas bezahlt haben soll und dass das eine Frau eingehoben haben soll. Ich selber habe aber nichts mitbekommen, dass jemand etwas kassiert hätte.
Ich war damals noch ein guter Freund von Herrn R und bin mit ihm in Kontakt getreten und habe so erfahren, dass an diesem Abend eine Party stattfinden soll und hat er mich meiner Erinnerung nach gefragt, ob ich zur Party kommen wolle, jedenfalls so in der Art, genau kann ich das nicht mehr sagen und habe ich, wie schon gesagt, mit Herrn G telefoniert und diesen auch eingeladen. An das genaue Telefonat mit Herrn G kann ich

mich nicht mehr erinnern, ich kann also nicht mehr sagen, ob ich ihm gesagt habe, er könne noch weitere Gäste mitbringen.

Auf Befragen durch den Rechtsanwalt, ob es bei der Party am 8. Mai 2021 einen Gewinn gegeben hätte, führt der Beschwerdeführer aus:
Bei dieser Party war ich nur Veranstalter, das heißt ich habe die Personen eingeladen. Ich hatte auch am 8. Mai nichts mit der Konsumation zu tun und weiß es daher nicht.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter gibt der Beschwerdeführer an:
Auch am 8. Mai 2021 war die Party bei Herrn R zuhause. Ich habe nichts kassiert und kann diesbezüglich keine Angaben machen. Ich habe auch am 8. Mai 2021 keine Getränke eingekauft.

Auf Vorhalt der Angaben des R durch den Rechtsvertreter bezüglich der Angaben bei der Polizei gibt der Beschwerdeführer an:
Es ist schon so, dass ich mit Herrn R einkaufen gefahren bin, aber bezahlt hat den Einkauf Herr R.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter wie denn Herr R darauf käme, dass ihm Herr S einen Anteil vom Gewinn ausbezahlt hätte, gibt der Beschwerdeführer an:
Das weiß ich nicht, das kann ich nicht sagen.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob bei Herrn R schon mehrmals Partys stattgefunden haben, gibt der Beschwerdeführer an:
Ich weiß von der Party am 8. Mai und der am 29. Mai 2021, ob dort mehrere Veranstaltungen waren, kann ich nicht sagen.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob der Beschwerdeführer bei einer solchen Party einmal einen Gewinn hatte oder beabsichtigt hatte einen Gewinn zu erzielen, gibt der Beschwerdeführer an:
Nein.

Über weiteres Befragen, wie denn die Einladungen ausgesehen haben, gibt der Beschwerdeführer an:
Ich habe bestimmte Personen und keinen unbestimmten Personenkreis eingeladen am 8. Mai genauso wie Herr R.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter wie viele Personen denn am 8. Mai 2021 bei der Party waren, gibt der Beschwerdeführer an:
Das kann ich nicht mehr genau sagen, ich glaube, dass es so ca. 15 Personen gewesen sein könnten.

Auf weiteres Befragen, ob der Beschwerdeführer bei der Party am 8. Mai etwas bezahlt habe oder andere Personen etwas bezahlt hätten, gibt der Beschwerdeführer an:
Das kann ich heute leider nicht mehr sagen.

Auf weiteres Befragen an den Beschwerdeführer, ob nicht bei der Einladung bereits auf ein mögliches Eintrittsgeld hingewiesen wird, gibt der Beschwerdeführer an:

Nein, so etwas habe ich nicht gesagt.

Über Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, wie denn die Angabe bei der Polizei, die Feier wurde gemeinsam mit R veranstaltet und mit ihm gemeinsam wie beim letzten Mal organisiert, zu verstehen sei, gibt der Beschwerdeführer an:
Unter Veranstalten verstehe ich Personen einladen, ich habe auch ein paar Personen eingeladen. Und Organisieren heißt für mich die Getränke organisieren, damit die Party von statten gehen kann.

Über weiteres Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, wie denn Herr R wissen konnte, wieviel an Getränken er einkaufen muss, weil das ja von der Anzahl der zu erwartenden Gäste abhängt, gibt der Beschwerdeführer an:
Ich habe Herrn R schon telefonisch mitgeteilt, wieviele Personen ich eingeladen habe und Herr R hat dann eben Getränke gekauft.

Befragt zur Party am 8. Mai 2021 gibt der Beschwerdeführer an:
Bei dieser war es so, dass ich erst am Vortag, also am 7. Mai, von meinem Urlaub aus Mallorca zurückgekommen bin, die Getränke waren da, ich glaube, dass diese Herr R wahrscheinlich gekauft haben wird.

Über weiteres Befragen, wann denn der Beschwerdeführer beim Einkauf dabei gewesen sei, gibt der Beschwerdeführer an:
Am 8. Mai kann es sich nicht ausgegangen sein, das war am 29. Mai 2021.
Ich bin da aber nur gefahren, ich glaube, dass wir die Getränke ein paar Tage vorher eingekauft haben, vielleicht auch am 28. Mai, genau kann ich das nicht mehr sagen.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wo wir die Getränke eingekauft haben, ich glaube aber, dass es sich um das Metro gehandelt haben könnte.

Über weiteres Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde gibt der Beschwerdeführer an:
Es war eben so, dass wir vor dem 29. Mai 2021 einkaufen gefahren sind ich und Herr R, ich bin gefahren, Herr R hat dann gesagt es passt, er würde die Rechnung übernehmen. Wer sie tatsächlich bezahlt hat, kann ich natürlich nicht sagen. An diesem 29. Mai 2021 bin ich erst um 21 Uhr zur Party gekommen, ich habe jedenfalls nichts bezahlt und ich habe auch nicht genau mitbekommen, ob jemand etwas bezahlt hat, ich hab auch nicht darauf geachtet.

Auf weiteres Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, wie denn die Angabe in der Niederschrift, es wurde ein Unkostenbeitrag verlangt, zu verstehen sei, gibt der Beschwerdeführer an:
Er selber habe nichts bezahlt, von ihm sei auch nichts konkret verlangt worden, er habe aber mitbekommen, dass über einen Unkostenbeitrag gesprochen wurde und auch so ist seine Angabe in der Niederschrift zu verstehen.“

Zeugenaussage R:
„Es ist richtig, dass sowohl am 8. auf den 9. Mai 2021, als auch in der Nacht vom 29. auf den 30. Mai 2021 in der L jeweils eine Party stattgefunden hat. Bei dieser Liegenschaft handelt es sich um das Haus meines Vaters.

Es war so, dass ich die Party organsiert habe und eingeladen haben wir beide. Unter Organisieren verstehe ich aufbauen, zusammenräumen, so in der Art.

Ich kann mich heute nicht mehr genau erinnern, wer die Getränke besorgt hat, einmal war ich es und einmal war es Herr S. Ob wir auch einmal gemeinsam einkaufen gefahren sind, kann ich heute nicht mehr sagen.

Eingeladen hat zu diesen Partys vor allen Dingen Herr S, ich habe nur ein paar Personen gekannt. Ich glaube, dass er auf allen möglichen Wegen eingeladen hat, aber wissen tue ich das nicht.

Ich habe schon vor dem Einkaufen gewusst, wieviele Personen Herr S eingeladen hat, ich hab dann gesagt, ich kaufe so viel ein und wenn wir nicht auskommen, dann kann man‘s nicht ändern. Den Einkauf habe ich bezahlt.

Die Party am 29. Mai 2021 begann am späteren Abend, genau weiß ich das nicht mehr. Ich kann heute nicht mehr sagen, ob wir darüber gesprochen haben, dass von den Gästen ein Kostenbeitrag einzuheben ist, jedenfalls wurde am 29. Mai 2021 ein Kostenbeitrag zur Kostendeckung eingehoben. Eingehoben hab diesen Beitrag nicht ich, sondern Herr S selber.
Ich kann nicht mehr sagen, ob Herr S von Anfang an bei dieser Party war oder wann er zur Party gekommen ist.

Befragt, ob die Party am 29. Mai 2021 einen besonderen Grund hatte, etwa eine Geburtstagsfeier, gibt der Zeuge an:
Nicht dass ich wüsste, das weiß ich heute nicht mehr.

Befragt durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, wer denn am 8. Mai organisationstechnisch für die Getränke zuständig war, gibt der Zeuge an:
Das kann ich heute nicht mehr sagen.

Über Befragen durch den Rechtsvertreter, ob es denn sein könne, dass der Beschwerdeführer vorher in Mallorca-Urlaub war und erst am Vortag zurückgekommen ist, gibt der Zeuge an:
Ich kann mich erinnern, dass Herr S einmal in Urlaub gewesen war, ich kann das aber nicht mehr zuordnen.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, wie der Zeuge denn wissen konnte, wieviele Personen bei der Party da sein würden, gibt der Zeuge an:
Wie schon gesagt, hat mir Herr R bekanntgegeben wieviele Personen kommen. Ich habe nicht Herrn S gesagt wieviele Personen kommen. Ich habe nicht alle Personen gekannt, aber ein paar davon schon.

Über weiteres Befragen gibt der Zeuge an, dass eine Person, die er gekannt habe, der Zeuge S war. Er habe auch andere Personen gekannt, die aber heute nicht geladen sind.

Über Befragen durch den Rechtsvertreter, wieviele Personen denn bei der Party anwesend waren, gibt der Zeuge an:

Es waren ca. 10 – 15 Personen, Genaueres kann ich nicht mehr sagen. Es dürften bei beiden Partys ungefähr gleich viele Personen anwesend gewesen sein.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob es vorstellbar ist, dass sich die Einladung via Facebook z.B. an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet habe, ob dies der Zeuge mitbekommen hätte, gibt der Zeuge an:
Nein, davon habe ich nichts mitbekommen.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob bekannt war, wer kommt oder ob man Herrn S gesagt hätte, man könne 10 Personen mitnehmen, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht mehr.

Über Befragen, ob es richtig sei, dass für den 29. Mai 2021 bei der Metro eingekauft worden wäre, gibt der Zeuge an:
Ich kann die Einkäufe vom 8. Mai und den 29. Mai 2021 nicht mehr auseinanderhalten. Einkaufen war ich auch beim Einzelhandel wie etwa im Spar oder Billa. Im Metro war ich nie einkaufen.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter, wieviel denn beim Einkaufen bezahlt worden ist, gibt der Zeuge an:
So zwischen 200 und 250 Euro.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter, wieviel am 29. Mai 2021 eingenommen worden ist, gibt der Zeuge an:
Das weiß nicht mehr.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter, wer vorgegeben hat, wieviel kassiert wird, gibt der Zeuge an:
Genau weiß ich das nicht mehr, es kann aber sein, dass es 10 Euro waren. Vorgegeben hat mir die 10 Euro Herr S, der gesagt hat, wir nehmen 10 Euro ein.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob es auch Gäste gegeben hat, die Getränke mitgenommen haben und dann nichts bezahlt haben, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht mehr.

Auf weiteres Befragen, wieviel am nächsten Tag vom Einkauf noch übrig war, gibt der Zeuge an:
Einmal ist was übrig geblieben.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter unter Vorhalt, dass bei 15 Gästen, wobei der Zeuge und der Beschwerdeführer ja nichts bezahlt haben, ein Ertrag von ca. 130 Euro erwirtschaftet werden kann, aber laut Aussage des Zeugen 200 bis 250 Euro ausgegeben wurde, wer denn dann den Verlust gezahlt habe, gibt der Zeuge an:
Es sind ja dann Getränke übrig geblieben und die haben wir beim nächsten Mal verwendet.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob nach dem 29. Mai 2021 noch eine weitere Party stattgefunden hat, gibt der Zeuge an:
Danach war keine Party mehr.

Auf Vorhalt durch den Rechtsvertreter, der Beschwerdeführer habe zuvor angegeben, dass eine Frau den Unkostenbeitrag eingehoben hat, gibt der Zeuge an:
Das könne schon sein.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob er persönlich gesehen habe, dass Herr S den Unkostenbeitrag eingehoben hat, gibt der Zeuge an:
Nein, habe ich nicht.

Auf Befragen, wer dem Zeugen das Geld am 29. Mai 2021 gegeben hätte, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht mehr.
Ich kann heute nicht mehr sagen wieviel ich bekommen habe oder wieviel Verlust ich hatte.

Auf Vorhalt der Aussage bei der Polizei, er habe 30 % vom Gewinn bekommen, das seien am 8. Mai 40 Euro gewesen, von wem er denn das bekommen hätte, gibt der Zeuge an:
Wir haben uns das untereinander aufgeteilt.

Auf weiteres Befragen, wer untereinander ist, gibt der Zeuge an:
Herr S und ich.

Auf Befragen des Rechtsvertreters, wie denn der Gewinn am 8. Mai berechnet worden ist, als der Zeuge angab, er habe 30 % vom Gewinn erhalten, das seien am 8. Mai 40 Euro gewesen, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht. Gewinn ist für mich grundsätzlich das was überbleibt.

Auf Befragen, wie denn ein Gewinn hat bleiben können, wenn 13 Personen jeweils 10 Euro bezahlten, gibt der Zeuge an:
Ich weiß es nicht.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter gibt der Zeuge an:
Es war so, dass die Polizei bei mir zuhause war, das war für mich eine Ausnahmesituation, ich habe zwar die Wahrheit gesagt, aber dass ich das so gesagt habe, dass man es anders hätte auslegen müssen oder können.

Auf Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, wie denn der Unkostenbeitrag festgelegt worden sei, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht mehr.“

Zeugeneinvernahme G:
„Es ist richtig, dass ich in der Nacht vom 29. auf 30. Mai 2021 in L in der X bei einer Party war. Ich habe gesucht, wo ich fortgehen könnte und zwar war das so, dass ich auf Instagram eine Story gemacht habe, das ist öffentlich und dann von Herrn S angeschrieben wurde. Es kam auch auf Instagram zustande, dass ich eingeladen wurde. Es war für mich die erste Party am gegenständlichen Standort.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wann ich zur Party gekommen bin, es war aber jedenfalls zwischen 20 und 23 Uhr und es war auf jeden Fall schon finster. Ich bin nicht

alleine zur Party gekommen sondern hatte ich jemanden dabei. Es war schon jemand, der heute da ist, aber Genaueres weiß ich nicht mehr.
Ich kann heute nicht mehr sagen, wie lange ich bei der Party gewesen bin.
Ich kann mich nicht mehr erinnern, dass bei der Einladung etwas über ein mögliches Entgelt für die Party gesagt worden wäre.
Ich habe in Erinnerung, dass wir auf der Party von einer Frau angesprochen wurden, ob wir uns freiwillig an den Kosten beteiligen würden, von einem Zwang war aber nicht die Rede. Ich kann heute aber nicht mehr sagen, ob ich mich freiwillig an den Kosten beteiligt habe.

Auf Befragen, wer denn die Unkostenbeiträge kassiert hätte, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht, die Person habe ich nicht gekannt.
Es hat sich jedenfalls nicht um Herrn S oder dem Zeugen, der vorher befragt wurde, gehandelt, sondern hat es sich um eine Frau gehandelt.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob der Zeuge weiß, wer denn Unkostenbeiträge gezahlt habe und ob da ein Gewinn habe bleiben können, gibt der Zeuge an:
Das ist ja schon so lange her, das weiß ich nicht.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob es richtig ist, dass ca. 15 Personen bei der Party anwesend waren, gibt der Zeuge an:
Ich kann mich an die Nacht gar nicht wirklich erinnern, aber es wird schon stimmen, was ich damals gesagt habe.

Auf Vorhalt, dass der Zeuge bei der Behörde gesagt habe, sie hätten alle 10 Euro bezahlt und er jetzt gesagt habe, er habe nichts gezahlt, gibt der Zeuge an:
Ich habe gesagt, ich weiß es nicht so genau.“

Zeugenaussage M:
„Es ist richtig, dass ich am 29. auf den 30. Mai 2021 bei der Party in L in der X anwesend war. Von dieser Party habe ich von Frau B erfahren, die wiederum von Herrn G die Information hatte.
Ich kann heute nicht mehr sagen, wann ich zur Party gekommen bin, aber ich bin gemeinsam mit Frau B gekommen.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wieviele Personen anwesend waren, es müssen aber so ungefähr 20 Personen gewesen sein. Ich war ca. eine Stunde auf der Party. Ich habe die Party auch gemeinsam mit Frau B verlassen.
Ich habe bei der Party keinen Eintritt oder Kostenbeitrag gezahlt, weil ich auch nichts getrunken habe. Ich bin der Fahrer gewesen, hatte selber Red Bull dabei und habe das dann konsumiert.
Ich selber habe keinen Eintritt oder Unkostenbeitrag bezahlt. Ich habe das auch nicht mitbekommen. Ich bin nämlich die meiste Zeit draußen gestanden mit Frau B und Herrn G. Ich kann mich nicht erinnern, dass ich auch andere Personen gekannt habe, die auf der Party gewesen sind. Ich habe zu diesem Zeitpunkt auch Herrn S nicht gekannt. Ich habe auch Herrn R nicht gekannt.
Ich habe auch nichts mitbekommen, dass Frau B oder Herr G einen Unkostenbeitrag oder Eintritt bezahlt hätten.

Am 8. Mai 2021 war ich nicht in L bei der Party anwesend.

Auf Vorhalt, dass der Zeuge bei der Behörde angegeben habe, Frau B habe freiwillig 5 Euro bezahlt und er wisse nicht an wen, gibt der Zeuge an:
Das ist schon so lange her, da kann ich nichts mehr sagen.

Auf Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, ob der Zeuge weiß, wer denn die Party veranstaltet hat, gibt der Zeuge an:
Das weiß ich nicht, ich bin nur von Frau B gefragt worden, ob ich zur Party fahre. Wer die veranstaltet hat, kann ich nicht sagen.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, ob es denn üblich sei, auf Partys zu fahren, wo man viele Leute nicht kennt, gibt der Zeuge an:
Ich kannte ja Frau B und Herr G und wenn man dann erfährt, dass man zu einer Party fahren kann, dann bin ich halt hingefahren.“

Zeugenaussage B:
„Es ist richtig, dass ich vom 29. auf den 30. Mai 2021 bei der Party in L, X war. Auf diese Party wurde ich durch Herrn G aufmerksam.
Ich kann heute nicht mehr genau sagen, wann ich zur Party gekommen bin, ich glaube, dass es ungefähr um 22 Uhr gewesen ist.
Soweit ich mich heute erinnern kann, sind wir nur eine Stunde auf der Party geblieben. Ansonsten habe ich nur Herrn M auf der Party gekannt.
Herrn S habe ich vorher nicht gekannt.
Herrn S habe ich das Geld, wenn ich es hergegeben habe, sicher nicht gegeben.
Ich glaube schon, dass ich Herrn S, als wir um ca. 22 Uhr gekommen sind, schon auf der Party gesehen habe. Ich habe nichts mitbekommen, ob andere Gäste während ihres Aufenthaltes oder beim Eintreffen etwas bezahlt haben.

Über Befragen, ob die Zeugin gemeinsam mit Herrn G und Herrn M zur Party gefahren ist, gibt diese an:
Ja, das stimmt.

Es ist auch so, dass Herr G länger geblieben ist, als dann angeblich Herr H verschwunden ist und nach ihm gesucht wurde, war ich schon lange nicht auf der Party.

Auf Befragen durch den Rechtsvertreter, wieviele Personen denn auf der Party gewesen wären, gibt die Zeugin an:
So ca. 20 Personen.

Auf weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob die Zeugin mitbekommen hat, ob die Personen, die mit ihr mitgefahren sind, einen Kostenbeitrag bezahlt hätten, gibt die Zeugin an:
Das weiß ich nicht.

Über weiteres Befragen, ob die Zeugin mitbekommen hätte müssen, dass jemand aus ihrer Begleitung was bezahlt hätte, gibt die Zeugin an:
Wir haben einzeln mit Personen gesprochen.

Auf Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, ob die Zeugin weiß, wer die Party organisiert hat bzw. von wem die Party ausgegangen ist, gibt die Zeugin an:
Das weiß ich nicht, ich habe dort außer den Personen, die mit mir mit waren, niemanden gekannt.

Auf Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, ob es denn bei der Zeugin üblich sei auf Partys zu gehen, wo sie außer der Begleitung niemanden kennt, ein paar Euro bezahlt, dann trinken kann so viel sie will, gibt sie an:
Das ist bei mir nicht üblich, üblicherweise kenne ich schon mehrere Personen, wenn ich auf eine Party gehe."

Zeugenaussage S:
„Es ist richtig, dass ich bei dieser Party anwesend war.
Wie ich auf die Party aufmerksam wurde, kann ich nicht mehr genau sagen. Es kann aber sein, dass das durch Herrn S selber war.
Ich wüsste nicht, dass die Party einen bestimmten Zweck, wie eine Geburtstagsfeier hätte sein sollen, davon weiß ich nichts, das wurde mir nicht gesagt.
Ich war auch am 8. Mai auf der Party. Ich kann heute nicht mehr sagen, wann ich zur Party gestoßen bin. Ich weiß aber, dass es noch hell war. Geblieben bin ich ungefähr bis 2 Uhr, weil ich immer bis 2 Uhr fortgehe.
Ich habe, als ich zur Party gekommen bin, nichts bezahlt. Ich habe aber eine Wodka-Flasche mit, weil ich immer was zu trinken mitnehme. Mir ist auch nicht aufgefallen, dass andere Gäste etwas bezahlt haben, aber darauf habe ich auch nicht geachtet.
Meiner Erinnerung nach müsste Herr S bei meinem Eintreffen schon anwesend gewesen sein, ich kann mich aber nicht mehr genau daran erinnern.
Ich habe auch noch andere Personen auf der Party gekannt, jedoch niemand der heute geladen war.
Ich bin alleine zur Party gekommen.

Auf Vorhalt durch die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers, der Zeuge habe bei der belangten Behörde angegeben, Herr S sei um 22 Uhr gekommen, gibt der Zeuge an:
Naja, es ist auch schon eine gewisse Zeit vergangen.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter, ob der Zeuge sagen kann, wer die Party organisiert und Getränke eingekauft hat, gibt der Zeuge an:
Nein, das weiß ich nicht.

Auf Befragen, wieviele Personen bei der Party anwesend waren und wieviele er davon gekannt hat, gibt der Zeuge an:
Gekannt habe ich ca. 8 Personen, anwesend waren vielleicht ein Dutzend.

Über Befragen durch den Rechtsvertreter, ob der Zeuge mitbekommen hat, dass andere Gäste bei den beiden Partys etwas bezahlt haben, gibt der Zeuge an:
Ich habe eben K gekannt, habe ihm gesagt, dass ich auch was zu trinken mitnehmen werde. Bei der Party am 29. Mai 2021, wo Herr S später gekommen ist, habe ich das mitgebrachte Getränk Herrn R gegeben, auch dieser war mir schon zu diesem Zeitpunkt bekannt.

Auf die Frage, ob sich der Zeuge vorstellen könne, dass Herr S gemeinsam mit Herrn R die Partys organisiert haben, um daraus einen Gewinn zu erzielen, gibt der Zeuge an:
Das kann ich jetzt nicht sagen.

Über weiteres Befragen durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, ob der Zeuge mitbekommen hat, dass irgendjemand etwas bezahlt hätte oder irgendetwas verlangt worden wäre, gibt der Zeuge an:
Nein.

Über Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, wann der Zeuge Geburtstag habe, gibt dieser an:
Am 29. Juni.

Über weiteres Befragen durch die Vertreterin der belangten Behörde, ob die Party die Geburtstagsparty des Zeugen gewesen wäre, gibt dieser an:
Nein.

Auf Vorhalt des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers, dass der Zeuge bei der belangten Behörde gesagt habe, er müsse nichts bezahlen wegen seines Geburtstages, gibt der Zeuge an:
Kann sein, das weiß ich jetzt nicht mehr.“

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
In der Nacht von 29. Mai 2021 auf 30. Mai 2021 fand auf der Liegenschaft S, eine Party statt, an der zwischen 12 und 20 Personen teilnahmen, die genaue Anzahl war nicht zu ermitteln. Jedenfalls nahmen der Beschwerdeführer und die als Zeugen einvernommenen Personen an der Party teil, wobei die Ankunfts- und Verabschiedungszeiten dieser Personen divergent waren und der Beschwerdeführer nicht von Beginn an anwesend war, sondern erst nach der Ankunft einiger Gäste dazu gestoßen war.

Bei der Liegenschaft S, handelt es sich um das Haus des Vaters des Zeugen R. Hier fand auch schon von 8. auf den 9. Mai 2021 eine Party statt, an der manche der vernommenen Zeugen teilnahmen, die anderen nicht.
Getränke waren am Partyort vorhanden, einer der Zeugen (S) brachte auch Alkoholisches mit.

Die Partygäste wechselten im Verlauf der Party.

Die Einladungen erfolgen im Wesentlichen über die sozialen Medien, wahrscheinlich bei einigen Gästen auch per Telefon, waren an bestimmte Personen gerichtet und nicht an einen unbestimmten Adressatenkreis.
Manche der als Zeugen einvernommenen Gäste nahmen zur Party noch ihnen bekannte Personen, die persönlich keine Einladung erhielten, mit.

Insoweit steht der Sachverhalt unbestritten fest.

Zur Frage, ob bei der Party ein Eintritt oder Kostenbeitrag verlangt wurde bzw. auf eine freiwillige Begleichung desselben gesetzt wurde bzw. ob, sofern ein Kostenbeitrag/Eintritt eingehoben wurde, dieser in Gewinnerzielungsabsicht oder nur zur Deckung der zuvor getätigten Auslagen eingehoben wurde, widersprechen sich die Angaben der vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich als auch von der belangten Behörde einvernommenen Zeugen als auch jene des Beschwerdeführers.

Einige der einvernommenen Zeugen (R und G) als auch der Beschwerdeführer wurden von der Polizei als auch von der belangten Behörde und schlussendlich auch vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einvernommen bzw. befragt und zeigte sich, dass der Beschwerdeführer und vor allem die Zeugen bei der zuletzt vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführten Einvernahme bzw. Befragung ausgeprägte Erinnerungslücken hatten und sich, mit Ausnahme der Anwesenheit bei der Party bzw. den Partys kaum an etwas erinnern konnten. Auch zeigte sich, dass der Konkretisierungsgrad der Angaben im Laufe der Einvernahmen bzw. Befragungen stark abnehmend war.

Der Beschwerdeführer gab bei der Polizei an, er habe die Party vom 29. Mai 2021 gemeinsam mit Herrn R veranstaltet, es sei kein Geld eingenommen worden, er sei gefragt worden, ob er für Herrn S eine Geburtstagsparty organisieren könne. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass Herr S etwa einen Monat danach Geburtstag hatte, was der Beschwerdeführer vor dem Verwaltungsgericht auch zugestand, indem er sagte, man habe sich da um etwa einen Monat vertan und Herrn S als Partygast nicht bekannt war, dass die Party einen bestimmten Zweck, wie eine Geburtstagsfeier hatte.
Vor der belangten Behörde gab der Beschwerdeführer davon abweichend an, es sei ein Unkostenbeitrag, in einer ihm nicht bekannten Höhe verlangt worden, er habe nichts organisiert, sondern nur teilgenommen und Herrn G dazu eingeladen. Letzteres gab er auch in der Verhandlung an. Weiter gab er hier an, er habe nichts bezahlt, habe aber gehört, dass jemand bei einer Frau etwas bezahlt hat. Er verstehe unter einer Party veranstalten, jemanden einzuladen und unter Organisation Handlungen wie Getränke besorgen etc. Die Getränke für diese Party habe Herr R gekauft, er habe ihn nur gefahren.

Der Zeuge R gab der Polizei an, der Beschwerdeführer sei der Initiator der Party gewesen, dieser habe die Teilnehmer organisiert, die Getränke hätten sie gemeinsam eingekauft, die Teilnehmer hätten 10 Euro bezahlt, dieses Geld habe der Beschwerdeführer eingenommen, sein Anteil habe für die Party vom 8. auf den 9. Mai 2021 30 % betragen, das seien 40 Euro gewesen, der Anteil für die zuletzt von statten gegangene Party sei ihm nicht bekannt. In der mündlichen Verhandlung gab der Zeuge an, er habe die Party organisiert, worunter Aufräumen,

Aufbauen und Zusammenräumen zu verstehen sei, was mit der Angabe des Beschwerdeführers in Einklang zu bringen ist. Weiters gab er an, er habe gemeinsam mit dem Beschwerdeführer die Gäste eingeladen, worin auch kein Widerspruch zu den diesbezüglichen Angaben des Beschwerdeführers zu erkennen ist.
Darüber hinaus gab der Zeuge an, er könne nicht mehr sagen, ob über einen Kostenbeitrag in der Höhe von 10 Euro mit dem Beschwerdeführer gesprochen worden wäre, wenn ja sei dieser vom Beschwerdeführer eingehoben worden, es könne aber auch sein, dass diesen eine Frau eingehoben hat, kann nicht mehr sagen, ob er für die letzte Party einen Anteil bekommen hat oder, ob ein Verlust eingefahren worden sei.

Der Zeuge G sagte bei der Polizei aus, er sei im Internet auf die Party gestoßen und habe dieser Information entnommen, dass man dort für 10 Euro soviel trinken könne, wie man wolle und sie alle (M, S und B) hätten einmalig 10 Euro für die Konsumation bezahlt. Davon abweichend gab er vor der belangten Behörde bekannt, er habe weder etwas bezahlt noch habe er Getränke mitgebracht oder etwas getrunken. Der Beschwerdeführer sei nach ihm auf die Party gekommen.
In der Zeugeneinvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gab der Zeuge an, er könne sich nicht erinnern, dass in der Einladung etwas von einem möglichen Entgelt gestanden habe, er könne sich aber erinnern, dass sie von einer Frau angesprochen worden seien, ob sie sich nicht freiwillig an den Kosten beteiligen möchten, er könne aber nicht mehr sagen, ob er sich dann an den Kosten beteiligt habe. Auf Vorhalt der Angaben vor der Polizei gab der Zeuge an, er habe gesagt, er wisse es nicht mehr.

Der Zeuge M gab vor der belangten Behörde an, er selber habe nichts bezahlt, weil er nichts getrunken habe. Diese Angaben hielt er auch in seiner Einvernahme vor dem Verwaltungsgericht aufrecht. Weiters gab er vor der belangten Behörde an, Frau B habe freiwillig 5 Euro bezahlt. Dazu gab er abweichend in der Verhandlung an, er habe nicht mitbekommen, dass irgendjemand etwas bezahlt habe; über Vorbehalt der Angaben, Frau B habe seiner Aussage nach freiwillig 5 Euro bezahlt, gibt der Zeuge an, es sei schon so lange her, er wisse es nicht mehr.

Die Zeugin B gab an, sofern sie jemanden Geld gegeben habe, sei es sicher nicht der Beschwerdeführer gewesen, sie habe auch nicht mitbekommen, dass jemand anderer etwas bezahlt habe.

Der Zeuge S gab vor der belangten Behörde an, er habe nichts bezahlen müssen, einerseits wegen seines Geburtstages und andererseits, weil er eine Flasche Wodka dabei hatte, er könne nicht sagen, ob jemand sonst etwas bezahlt habe. Abweichend davon gab er in der Verhandlung an, er wisse nicht, dass die Party einen bestimmten Zweck, wie etwa einer Geburtstagsfeier gehabt habe. In Übereinstimmung mit den Angaben vor der Behörde gab der Zeuge in der

Verhandlung an, er habe nichts bezahlt, da er eine Flasche Wodka mitgebacht habe, er habe auch nicht bemerkt, dass andere etwas bezahlt hätten, darauf habe er auch nicht geachtet.

Wenn nun davon ausgegangen wird, dass die Angaben, die kurz nach der Party vom 29. auf 30. Mai 2021 gemacht wurden, das Geschehene am besten wiederspiegeln, da die Erinnerung mit Voranschreiten der Zeit immer schwächer wird und sich eventuell auch mit der Erinnerung anderer Personen oder nachfolgender Ereignisse vermischt, sind Angaben die von den Zeugen als auch vom Beschwerdeführer in der polizeilichen Einvernahme gemacht wurden, als jene zu werten, denen der höchste Wahrheitsgehalt zukommt.
Damit ist aufgrund der Angaben der Zeugen G und R, der auch selbst als Beschuldigter geführt wurde, festzustellen, dass auf den sozialen Medien zu einer Party am fraglichen Standort eingeladen wurde und auf eine Entgeltzahlung in der Höhe von 10 Euro für die Konsumation hingewiesen wurde, ob diese zu zahlenden 10 Euro als Eintritt oder Kostenbeitrag bezeichnet wurden, konnte nicht geklärt werden.
Ebenso steht fest, dass von den einvernommenen Zeugen G, M, S und B eine Entgeltzahlung erfolgt ist, wobei die von B getätigte Zahlung wohl abweichend 5 Euro betragen hat.
Zur Frage, an wen die Zahlungen getätigt wurden, gab der Zeuge R an, der Beschwerdeführer habe den Kostenbeitrag einkassiert. Andere Zeugen sprachen von einer Frau, an die gezahlt wurde bzw. die um einen freiwilligen Kostenbeitrag ersucht hatte. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass es nicht möglich ist, dass alle Entgeltzahlungen an den Beschwerdeführer erfolgt sind, da dieser erst nach dem Eintreffen einiger als Zeugen einvernommener Gäste zur Party kam, sodass das Einkassieren durch zumindest eine weitere Person erfolgt sein musste.

Zur Frage, ob mit den 10 Euro an Eintrittsgeld bzw. Kostenbeitrag eine Gewinnertragsabsicht verbunden war, geben weder die polizeilichen noch die behördlichen Ermittlungsergebnisse einen Hinweis. Fest steht in diesem Zusammenhang aufgrund der Angaben des Zeugen R in der Verhandlung, dass er vor dem Einkauf der Getränke in etwa wusste, für wie viele Personen er alkoholische Getränke einzukaufen hat. Er gab an, dass er für die Party vom 29. auf den 30. Mai 2021 Getränke im Wert von etwa 200 bis 250 Euro eingekauft und diese auch bezahlt hatte. Der Zeuge gab an, für ihn sei das der Gewinn, was am Ende übrig bleibt und wenn weniger Gäste kommen als für die eingekauft wurde, so würden doch die Getränke für das nächste Mal übrig bleiben. Der Zeuge gab an, seiner Erinnerung nach seien etwa 15 Personen bei der Party gewesen, wobei er und der Beschwerdeführer aufgrund ihrer Rolle als Organisator und Veranstalter nichts bezahlt haben. Bei einer Party seien Getränke übrig geblieben, er könne jedoch die beiden Partys nicht mehr gut trennen. Bei der ersten Party habe sein Anteil 40 Euro betragen, das seien 30 % der Einnahmen gewesen. Die

Anzahl der Gäste sei bei beiden Partys im Wesentlichen die gleiche gewesen. Nach der Party Ende Mai 2021 habe es keine weitere Party mehr gegeben.

Abgesehen davon, dass der Zeuge R wohl die Begriffe Einnahmen und Gewinn verwechselt, kann beim „Geschäftsmodell“ wie dem vorliegenden, bei dem für die bekannte Anzahl von Gästen Getränke um 200 bis 250 Euro eingekauft wird und unter der Voraussetzung, dass alle zuvor eingeladenen Gäste, mit Ausnahme des Beschwerdeführers und des Zeugen R, den vollen Entgeltbeitrag leisten werden, nicht eine Gewinn- oder Ertragserzielungsabsicht unterstellt werden, da vorhersehbar ist, dass dabei nicht einmal die entstandenen Unkosten abgegolten werden können. Darüber hinaus ergaben sich im durchgeführten Beweisverfahren keine Hinweise, dass seitens des Beschwerdeführers und des Zeugen R mit den einkassierten Geldern ein Gewinn oder sonstiger wirtschaftlicher Ertrag hätte erzielt werden wollen, zumal trotz der vor dem Gericht zur Schau getragenen weitläufigen Ahnungslosigkeit sowohl dem Beschwerdeführer als auch dem Zeugen R zuzutrauen ist, dass ihnen bewusst war, dass sie mit den veranschlagten 10 Euro im besten Fall nicht einmal die Kosten würden decken können, womit der mit 10 Euro festgelegte und von den Gästen zu zahlende Betrag als Beitrag zu den angefallenen Kosten zu qualifizieren ist.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 1 Abs. 1 GewO 1994 gilt dieses Bundesgesetz, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.
Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 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 GewO 1994 liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
Gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1994 gilt auch eine einmalige Handlung 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.
Gemäß § 1 Abs. 5 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 § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind.

Wie unter II. festgestellt, ging der hier fraglichen Party bereits eine andere Anfang Mai 2021 voraus, die in etwa denselben Ablauf aufwies, sodass von einer Regelmäßigkeit auszugehen ist. Diesbezüglich ist auf die zu diesem Kriterium bestehende Rechtsprechung zu verweisen, nach der Regelmäßigkeit der Beschäftigung nicht bedeutet, dass sie ununterbrochen ausgeübt wird, sondern nur, dass die ständige Bereitschaft hiezu besteht. Auf die Häufigkeit solcher Tätigkeiten kommt es hingegen nicht an (OGH 12.4.1988, 4 Ob 18/88).

Weiters wurde festgestellt, dass die Einnahmen zwischen dem Beschwerdeführer und dem Zeugen R im Verhältnis 70:30 aufgeteilt wurden und der Zeuge R, zumindest für die Party Ende Mai 2021 die Getränke gekauft hatte. Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer sich hierbei beteiligt hätte oder die Getränke für die Party Anfang Mai 2021 bezahlt hätte, haben sich nicht ergeben.

Die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr eine Tätigkeit iSd § 1 Abs. 3 GewO ausgeübt wird, wer also das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko trägt, ist nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt. In diesem Sinne ist das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit iSd § 1 Abs. 3 GewO daher dann als erfüllt anzusehen, wenn die Tätigkeit völlig frei eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen werden kann und das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt (Hinweis VwGH 12.9.2001, 98/03/0057 mwN). VwGH 22.5.2012, 2010/04/0033. (E)

Der Wortlaut „Rechnung und Gefahr“ ist in seinem Zusammenhang zu verstehen und umschreibt danach das Selbständigkeitsmerkmal der Tragung des Unternehmerrisikos, das immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung umfasst. VwSlg 9861 A/1979.

Nach den oben getätigten Feststellungen ergibt sich, dass das Kostenrisiko für die fragliche Party jedenfalls nicht beim Beschwerdeführer gelegen war, sondern vielmehr beim Zeugen R verblieben ist, sodass die notwendige Voraussetzung der Selbständigkeit beim Beschwerdeführer nicht gegeben ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erweist Entgelt allein noch nicht, dass mit der Betätigung ein Ertrag oder ein sonstiger wirtschaftlicher Erfolg herbeigeführt werden solle, die Betätigung also in Gewinnabsicht unternommen werde; im Besonderen wird dies dann nicht zutreffen, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil abgedeckt werden sollen. Ob die dieser Absicht der Kostendeckung dienende Gebarung eine kaufmännische ist, ist im gegebenen Zusammenhang bedeutungslos. (Hinweis auf VwGH 26.10.1961, 372/60). VwSlg 9023 A/1976; VwGH 27.4.1993, 92/04/0245. (E)
Wer von seinem Vertragspartner als Entgelt nur den Ersatz der entstandenen Unkosten verlangt, handelt damit in aller Regel noch nicht in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. OGH 21.9.1996, 4 Ob 1084/93.
Da im Ergebnis somit keine gewerbsmäßige Tätigkeit vorliegt, war der Beschwerde stattzugeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufzuheben und das gegen den Beschwerdeführer geführte Strafverfahren einzustellen.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. 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 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß