



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des H H in K, vertreten durch die Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Böhmerwaldstraße 14, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 2. Jänner 2024, Zl. LVwG-S-2172/001-2023, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Gmünd), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Mit Straferkenntnis vom 17. August 2023 legte die Bezirkshauptmannschaft Gmünd (belangte Behörde) dem Revisionswerber zur Last, er habe es als gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter der A AG zu vertreten, dass diese gegen die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) verstoßen habe, indem sie am 16. März 2023 in einem näher bezeichneten Betrieb (Spielcasino) in G das Gastgewerbe ausgeübt habe, ohne über die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung zu verfügen. Dadurch habe der Revisionswerber § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 94 Z 26 GewO 1994 verletzt und es wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von € 400,- (Ersatzfreiheitsstrafe 37 Stunden) verhängt.
- 2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 2. Jänner 2024 wies das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die dagegen erhobene Beschwerde des Revisionswerbers als unbegründet ab, verpflichtete den Revisionswerber zur Leistung eines Kostenbeitrags in der Höhe von € 80,- und erklärte die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig.
- 3 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung im Wesentlichen folgende Feststellungen zugrunde: Die A AG verfüge seit 2018 über eine Bewilligung zum Betrieb eines Automatensalons nach dem NÖ Spielautomatengesetz 2011 und betreibe an einem näher bezeichneten Standort in G ein Spielcasino. Zum





Tatzeitpunkt habe die A AG über keine Gewerbeberechtigung nach der GewO 1994 verfügt, (erst) seit dem 12. Mai 2023 verfüge sie über eine Gewerbeberechtigung für ein näher beschriebenes freies Gewerbe. Der Revisionswerber sei Regionalleiter der A AG und zum Tatzeitpunkt darüber hinaus bestellter verantwortlicher Beauftragter (im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG) gewesen. Am 16. März 2023 habe ein Lokalausweis im gegenständlichen Spielcasino stattgefunden und es seien dort an Kunden kostenlos Getränke ausgeschenkt worden. Das Spielcasino verfüge - so das Verwaltungsgericht weiter - über eine kleine Küche, in der die angebotenen Getränke aufbewahrt bzw. zubereitet würden. Den Kunden würden auf Wunsch Getränke serviert; zeitweise würden auch kostenlos Brötchen an Kunden verabreicht. Neben den Spielautomaten befinde sich ein kleines Tischchen, auf dem die Spieler die Getränke abstellen könnten. Täglich befinde sich ein Mitarbeiter im Spielcasino, der die Getränke ausschenke und serviere; darüber hinaus gebe es „kein extra Servicepersonal“.

- 4 In seinen rechtlichen Erwägungen verwies das Verwaltungsgericht zunächst darauf, dass der in § 111 GewO 1994 („Gastgewerbe“) enthaltene Begriff „Ausschank von Getränken“ weit gezogen sei und darauf abstelle, dass Getränke an Ort und Stelle genossen würden. Die gegenständliche Bereitstellung von Getränken auf Wunsch der Kunden sei als „Vorkehrung“ im Sinn des § 111 Abs. 3 GewO 1994 anzusehen. Anschließend bejahte das Verwaltungsgericht die für die Gewerbsmäßigkeit erforderlichen Elemente der Selbständigkeit und Regelmäßigkeit. Die (ebenfalls erforderliche) Ertragserzielungsabsicht sei weit auszulegen; auch die Absicht, einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, wie die Vergrößerung des Kundenkreises, die Festigung bestehender Geschäftsverbindungen oder die Steigerung des Bekanntheitsgrades, falle darunter. Ein derartiger sonstiger wirtschaftlicher Vorteil sei vorliegend im Hinblick auf die getroffenen Feststellungen zu bejahen.

Dem Argument des Revisionswerbers, wonach die Nebenrechte nach § 32 GewO 1994 auf alle Gewerbetreibende unabhängig vom Bestehen einer Gewerbeberechtigung anwendbar seien, hielt das Verwaltungsgericht entgegen,



aus der systematischen Stellung des § 32 GewO 1994 in Verbindung mit den §§ 1 und 5 GewO 1994 ergebe sich, dass die Nebenrechte nur jenen Gewerbetreibenden zukämen, die über eine aufrechte Gewerbeberechtigung (nach der GewO 1994) verfügten. Dies sei bei der A AG zum Tatzeitpunkt nicht der Fall gewesen; daran könne die aufrechte Bewilligung nach dem NÖ Spielautomatengesetz 2011 nichts ändern. Abschließend erfolgten Ausführungen zur subjektiven Tatseite und zur Strafbemessung.

- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 6 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

- 7 Der Revisionswerber bringt in seinem Zulässigkeitsvorbringen zum einen vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Bedeutung des Begriffs „Gastgewerbe“; gegenständlich sei zu klären, inwieweit die kostenlose Zurverfügungstellung von Getränken bereits ein Gastgewerbe begründe.
- 8 Gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 bedarf es für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26 GewO 1994). Nach



§ 111 Abs. 3 GewO 1994 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.

- 9 Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Bezugnahme auf diese Regelung bereits wiederholt festgehalten, dass der Begriff „Ausschank“ vom Gesetz weit gezogen ist und in diesem Sinn eine gewisse Mittelbarkeit beinhaltet. Er umfasst nicht nur die Tätigkeit des direkten Ausschanks an Personen, sondern auch jede sonstige Vorkehrung oder Tätigkeit, die darauf abgestellt ist, dass Getränke an Ort und Stelle genossen werden (vgl. VwGH 14.10.2022, Ra 2019/04/0021, Rn. 16, mwN).
- 10 Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof - im Zusammenhang mit einer unentgeltlichen Bereitstellung von Getränken an Kunden eines Wettlokals - auch schon ausgesprochen, dass die Unentgeltlichkeit allein nicht geeignet ist, das Tatbestandsmerkmal der Gewinnerzielungsabsicht und damit die Gewerbsmäßigkeit einer Leistung von vornherein auszuschließen. Vielmehr kommt es auf die Ertragsabsicht an, weshalb es nicht erforderlich ist, dass unmittelbar Gewinn erzielt wird (vgl. VwGH 4.2.2021, Ra 2018/04/0201, Rn. 11, mwN).
- 11 Somit existiert zu den vom Revisionswerber insoweit aufgeworfenen Fragen bereits Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Dass das Verwaltungsgericht von dieser Rechtsprechung abgewichen wäre und die Einordnung der hier gegenständlichen Tätigkeit der A AG als Ausschank von Getränken bzw. die Bejahung der Gewinnerzielungsabsicht in rechtswidriger Weise erfolgt wäre, zeigt die Revision nicht auf und ist für den Verwaltungsgerichtshof angesichts der dargestellten Feststellungen des Verwaltungsgerichtes auch nicht ersichtlich.
- 12 Zum anderen macht der Revisionswerber geltend, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob die Nebenrechte gemäß § 32 GewO 1994 nur für Gewerbetreibende mit aufrechter Gewerbeberechtigung zur Anwendung gelangen würden (oder auch für jene



Unternehmer, die ihre Berechtigung zur Berufsausübung nicht aus der GewO 1994 ableiten würden).

- 13 Der hier gegenständliche, mit „Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden“ überschriebene § 32 GewO 1994 sieht vor, dass Gewerbetreibenden „auch“ näher aufgelistete Rechte zustehen. In systematischer Hinsicht findet sich die Regelung in dem mit „Umfang der Gewerbeberechtigung“ überschriebenen 6. Abschnitt des I. Hauptstückes. Ausgehend davon ist dem Verwaltungsgericht zunächst nicht entgegenzutreten, wenn es aus der systematischen Stellung ableitet, dass § 32 GewO 1994 nur für Gewerbetreibende gilt, die über eine aufrechte Gewerbeberechtigung nach der GewO 1994 verfügen. Die Bestimmung ist schon angesichts ihrer Formulierung und ihrer systematischen Einordnung dahingehend zu verstehen, dass „sonstige Rechte“ nach der GewO 1994 nur denjenigen zustehen, die bereits über ein Recht nach der GewO 1994, somit eine Gewerbeberechtigung, verfügen.
- 14 Darüber hinaus ist auf die Begriffsbestimmung des § 38 Abs. 5 GewO 1994 zu verweisen, der zufolge (sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist) als Gewerbetreibender im Sinn der GewO 1994 (und somit auch im Sinn dessen § 32) der Gewerbeinhaber einschließlich des Fortbetriebsberechtigten zu verstehen ist. Der Verwendung des Begriffes Gewerbeinhaber in zahlreichen Bestimmungen der GewO 1994 lässt sich unzweifelhaft entnehmen, dass damit derjenige angesprochen wird, der über eine Gewerbeberechtigung nach der GewO 1994 verfügt (vgl. etwa die Regelungen in den §§ 86 bis 90 oder in § 349 GewO 1994). Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof (zu der damals noch in § 38 Abs. 2 GewO 1994 enthaltenen Begriffsbestimmung) ausgesprochen, dass als Gewerbetreibender nur eine Person zu verstehen ist, die als Gewerbeinhaber ein Gewerbe auf Grund einer Gewerbeberechtigung (oder als Fortbetriebsberechtigter auf Grund eines zusätzlich zur Gewerbeberechtigung bestehenden Fortbetriebsrechtes) ausübt (vgl. VwGH 6.10.2009, 2009/04/0213; vgl. weiters VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0036, Rn. 5, wo von der durch die Gewerbeberechtigung gegebenen subjektiv-öffentlichen Rechtsbeziehung des Gewerbeinhabers zum Staat die Rede ist; vgl. weiters - dort noch zur Vorgängerregelung des § 38



Abs. 2 GewO 1973 - VwGH 22.12.1999, 97/08/0044, wonach sich der Begriff des Gewerbeinhabers auf die Gewerbeberechtigung bezieht, die entweder durch die Gewerbeanmeldung oder die Erteilung der Bewilligung entsteht).

15 Ausgehend davon ist vor dem Hintergrund der klaren Rechtslage (vgl. hiezu etwa VwGH 24.10.2023, Ra 2022/12/0080, Rn. 25, mwN) und der angeführten Rechtsprechung auch die zweite vom Revisionswerber aufgeworfene Rechtsfrage als geklärt anzusehen und ist der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes - gemessen daran - auch nicht entgegenzutreten.

16 In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

17 Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

W i e n , am 18. März 2024

