

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/5/30 2005/06/0292

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.05.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
27/01 Rechtsanwälte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1994 §136 Abs3 idF 2002//1111;  
GewO 1994 §172 Abs3 idF 1997//061;  
GewO 1994 §172 Abs4 idF 1997//010;  
RAO 1868 §57 Abs2 idF 2001//098;  
RAO 1868 §8 Abs1;  
RAO 1868 §8 Abs2;  
RAO 1868 §8 Abs3;  
VStG §51 Abs7;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Waldstätten, Dr. Rosenmayr und Dr. Bayjones als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fritz, über die Beschwerde des C B in E, vertreten durch Dr. Rudolf Gimborn, Dr. Fritz Wintersberger und Mag. Thomas Nitsch, Rechtsanwälte in 2340 Mödling, Bahnhofplatz 1A, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 5. September 2005, Zl. Senat-MD-05-0023, betreffend Übertretung des § 57 RAO (weitere Partei gemäß § 21 VwGG: Bundesministerin für Inneres), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer, ein Unternehmensberater, ist persönlich haftender Gesellschafter der B KEG (kurz: KEG), welche am Standort M zur Ausübung des Gewerbes "Unternehmensberatung (Unternehmensorganisation)" berechtigt ist. Im Beschwerdefall geht es um ein Schreiben dieser KEG vom 9. Jänner 2003: dieses ist auf einem Briefpapier mit

dem "Kopf" der KEG verfasst; es folgt die Datierung, dann der Betreff "außergerichtlicher Ausgleich" (mit dem Namen und der Anschrift der betroffenen Person). Sodann heißt es:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Namens und Auftrags unseres Klienten treten wir an Sie mit dem Ersuchen heran, den bei Ihnen aushaftenden Saldo im Rahmen einer außergerichtlichen Vereinbarung zu vergleichen.

Die Gesamtverbindlichkeiten unseres Klienten belaufen sich auf ca. EUR (es folgt ein Betrag).

Der offene Saldo der Firma (die Bezeichnung ist in der in den Akten befindlichen Telekopie des Schreibens getilgt) beträgt nach unseren Aufzeichnungen EUR (der Betrag wurde unleserlich gemacht).

Im Rahmen eines außergerichtlichen Ausgleiches bieten wir den Gläubigern eine 7%-ige Quote an, zahlbar in 5 gleichen Teilraten a 1,4 %. Die erste Teilrate ist binnen 12 Monaten nach Zustimmung aller Gläubiger fällig und die weiteren 4 Raten jeweils bis 31.3.

der Folgejahre (2005-2008).

Wir bitten um Zustimmung zu unserem Vorschlag und sehen Ihrer geschätzten Stellungnahme entgegen.

Mit freundlichen Grüßen

(Es folgt ein Rundstempel, in dem der Name des

Beschwerdeführers aufscheint, und eine Unterschrift; am Fuß der Seite sind - gedruckt - verschiedene Bankverbindungen angeführt)."

Mit Schreiben vom 12. Februar 2003 zeigte die Rechtsanwaltskammer Niederösterreich der Bezirkshauptmannschaft Mödling (kurz: BH) diesen Sachverhalt zwecks Prüfung der verwaltungsstrafrechtlichen Relevanz an.

Nach verschiedenen Verfolgungsschritten forderte die BH den Beschwerdeführer mit Erledigung vom 9. September 2003 zur Rechtfertigung auf. Der Beschwerdeführer nahm am 19. September 2003 Akteneinsicht und brachte sodann, nunmehr rechtsfreundlich vertreten, eine schriftliche Rechtfertigung (vom 6. Oktober 2003) ein. Darin führte er aus, die vorgeworfene Tätigkeit sei vom Umfang seiner Gewerbeberechtigung jedenfalls gedeckt. Die für seinen Klienten verfasste Korrespondenz enthalte weder rechtliche Erörterungen noch diene sie der Vorbereitung eines Gerichtsprozesses. Sie stehe vielmehr in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner unternehmensberaterischen Tätigkeit und sei daher von seiner Gewerbeberechtigung gemäß § 172 Abs. 3 GewO 1994 gedeckt. Als solche wiederum bleibe sie gemäß § 8 Abs. 3 RAO unberührt. Die bis zum Sommer 2002 insbesondere in der Frage der Befugnis der Vertretung durch Unternehmensberater unklare Rechtslage habe durch die Gewerbeberechtigungsnovelle 2002, BGBl. I Nr. 111, im (nunmehrigen) § 136 Abs. 3 eine Klarstellung erfahren (es folgt eine Wiedergabe dieser Bestimmung). Ausgehend von dieser Novelle komme daher auch das maßgeblich zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit in einer rechtsverbindlichen Note an den Fachverband Unternehmensberatung und Informationstechnologie vom 11. April 2003 zu der rechtlichen Schlussfolgerung, dass nunmehr (seit Inkrafttreten dieser Novelle) Unternehmensberater mit Tätigkeiten aus dem eigentlichen Berufsumfang, der sich unter anderem aus dem Berufsbild der Unternehmensberater ableiten lasse, zur Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden berechtigt seien (als Beweis wird die Vorlage dieser Note angeboten). Schließlich ermangle es selbst für den Fall der von der Verwaltungsstrafbehörde angenommenen Verwirklichung des Tatbildes am subjektiven Tatbestand: so habe bereits der Oberste Gerichtshof (Hinweis auf die Entscheidung 4 Ob 145/01d) schon zu der "alten Rechtslage" vor der genannten Gewerbeberechtigungsnovelle ausgesprochen, dass einem Unternehmensberater bei Ausübung jener Tätigkeit, die exakt der hier inkriminierten entspreche, kein Vorwurf des bewusst sittenwidrigen bzw. gesetzwidrigen Handelns zu machen sei, zumal dem Gesetz weder eine ausdrückliche Gesetzwidrigkeit noch eine ausdrückliche Erlaubtheit zu entnehmen sei; das "wohlgemerkt nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Gewerbeberechtigungsnovelle 2002". Schließlich sei der Beschwerdeführer auch schon vor dem Inkrafttreten dieser Novelle, erst recht aber mit dem Inkrafttreten dieser Novelle selbstverständlich von der Berechtigung zur Berufsausübung auch im inkriminierten Umfang ausgegangen, die seines Erachtens auch im Einklang mit dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht der Erwerbsfreiheit stehe.

Hierauf legte die erstinstanzliche Behörde mit dem Straferkenntnis vom 21. Oktober 2003 dem Beschwerdeführer zur

Last, er habe es als persönlich haftender Gesellschafter der genannten KEG, welche an einem näher bezeichneten Standort zur Ausübung des Gewerbes "Unternehmensberatung (Unternehmensorganisation)" berechtigt sei, zu verantworten, dass diese Gesellschaft zumindest am 9. Jänner 2003 unbefugt eine den Rechtsanwälten vorbehalten Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt habe, indem diese für einen näher bezeichneten Klienten (in dessen Namen und in dessen Auftrag) im Rahmen eines so bezeichneten "außergerichtlichen Ausgleichs" mit näher bezeichneten Gesamtverbindlichkeiten ein Schreiben mit folgendem Inhalt verfasst habe, obwohl das gewerbsmäßige Verfassen von schriftlichen Anbringen in Angelegenheiten, in denen der Beschwerdeführer nicht zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugt sei, verboten sei (es folgt eine auszugsweise Wiedergabe des Schreiben vom 9. Jänner 2003). Der Beschwerdeführer habe hiedurch § 57 Abs. 2 iVm § 8 RAO übertreten. Über ihn wurde gemäß § 57 Abs. 2 RAO eine Geldstrafe von EUR 500,- (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag) verhängt; weiters wurde er zum Ersatz der Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens verpflichtet.

Begründend führte die Behörde erster Instanz nach zusammengefasster Darstellung des Verfahrensganges und Hinweis auf verschiedene in den Verwaltungsstrafakten befindliche Stücke, nämlich auf die Anzeige der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich, auf einen Gewerberechtsregisterauszug, auf ergänzende Stellungnahmen der Rechtsanwaltskammer vom 3. April und 29. August 2002, auf das Schreiben vom 9. Jänner 2003, auf einen Auszug aus dem Protokoll der Gewerbereferententagung 2000, auf ein "Berufsbild der Unternehmensberater Ausgabe 2002" vom Fachverband Unternehmensberatung und Informationstechnologie und auf einen Bescheid des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 27. November 2002, dann auf verschiedene gesetzliche Bestimmungen (darunter auch § 376 Z 34c Abs. 1 GewO 1994) aus, danach stehe in Verbindung mit den rechtfertigenden Angaben des Beschwerdeführers "der im Spruch angeführte Sachverhalt mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit fest". Nach Hinweis auf verschiedene gesetzliche Bestimmungen heißt es weiter, auf Grundlage der getroffenen Feststellungen sei der Tatbestand der genannten Übertretungsnorm in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Der Beschwerdeführer habe zumindest fahrlässig gehandelt. Der objektive Tatbestand sei dadurch, dass seitens seines Unternehmens das fragliche Schreiben bei der Abwicklung eines außergerichtlichen Ausgleichs verfasst und gegenüber nichtamtlichen Dritten eine Vertretungshandlung gesetzt worden sei, somit eine Tätigkeit ausgeübt worden sei, die den Rechtsanwälten vorbehalten sei, als erfüllt anzusehen. Auf Grund des "eindeutigen Wortlauts" der Bestimmung des § 136 Abs. 3 GewO ergebe sich, dass das Unternehmen auf Grund der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers zur Vornahme dieser Vertretungshandlung nicht berechtigt gewesen sei. Das Gewerbe "Unternehmensberater einschließlich des Unternehmensorganisations" berechtere lediglich zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts, nicht aber zur Vornahme der fraglichen Vertretungshandlungen gegenüber nichtamtlichen Dritten. Die gegenständliche Vertretungshandlung sei daher nicht von den Ausnahmetatbeständen des § 8 Abs. 3 RAO iVm § 136 Abs. 3 GewO umfasst (Hinweis auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 145/01d). Das Unternehmen sei daher nicht zur Vornahme dieser Handlung berechtigt gewesen, weil damit in den den Rechtsanwälten vorbehaltenen Tätigkeitsbereich eingegriffen worden sei.

Zur subjektiven Tatseite sei auf die Bestimmung des § 5 VStG zu verweisen, insbesondere auch darauf, dass der Beschwerdeführer bei Anwendung der entsprechenden Sorgfalt erkennen hätte können bzw. auch müssen, dass eine Tätigkeit ausgeübt werde, die nicht von seiner Gewerbeberechtigung erfasst sei. Zumindest hätte er sich über den Berechtigungsumfang zu informieren gehabt. Da er dies nicht getan habe und auch sonst nicht glaubhaft habe machen können, dass ihn an dieser Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe, sei von einem zumindest grob fahrlässigen Verhalten des Beschwerdeführers auszugehen gewesen (es folgen Ausführungen zur Strafzumessung).

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung, in welcher er insbesondere ausführte, es treffe nicht zu, es sei geradezu aktenwidrig, dass er sich nicht über den Berechtigungsumfang seiner Gewerbeberechtigung informiert habe. Die erstinstanzliche Behörde übersehe hier offensichtlich seine Rechtfertigung vom 6. Oktober 2003, in welcher er ausgeführt habe, dass er ausgehend vom Rechtsstandpunkt seiner Interessensvertretung, bereits vor Inkrafttreten der Gewerbeberechtigungsnovelle 2002 von der Berechtigung zur Berufsausübung im inkriminierten Umfang ausgegangen sei, und sich "anhand des Bundesgesetzblattes I/111 aus 2002" über die damit in Kraft getretene "Neuordnung der Rechtsordnung, insbesondere im § 136 Abs. 3 GewO" informiert habe. Ausgehend von dieser Novelle in Verbindung mit der von ihm auch zitierten Note des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11. April 2003 sei er - auch weiterhin - der subjektiven Auffassung, dass ihm die fragliche Befugnis zukomme und er den vorgeworfenen Tatbestand nicht erfüllt habe.

Abgesehen davon sei die vorgeworfene Vertretungshandlung sehr wohl vom Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 3 RAO umfasst. "Außenkontakte und Vertretungshandlungen" von Unternehmensberatern namens ihrer Auftraggeber überschritten nämlich so lange den Rahmen der Gewerbebefugnis nicht, als sie zur Erfüllung der vom Unternehmensberater berufstypisch zu erbringenden Leistungen (Erarbeitung von Konzepten und Problemlösungen) erforderlich seien (Hinweis auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 145/01d). Da die inkriminierten Handlungen, nämlich das Verfassen des fraglichen Schreibens im (übrigens unbestrittenen) Zusammenhang bzw. zur Erfüllung der von ihm berufstypisch zu erbringenden Leistungen erforderlich gewesen seien, überschritten diese Handlungen nicht den Umfang des § 136 Abs. 3 GewO.

Im Übrigen habe sogar der Oberste Gerichtshof in der genannten Entscheidung 4 Ob 145/01d ausgesprochen, dass einem Unternehmensberater bei Ausübung der Tätigkeit, die der hier inkriminierten entspreche, kein Vorwurf des bewusst sittenwidrigen bzw. gesetzwidrigen Handelns zu machen sei, zumal dem Gesetz weder eine ausdrückliche Gesetzwidrigkeit noch eine ausdrückliche Erlaubtheit zu entnehmen sei.

Auf die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung wurde in der Berufung ausdrücklich verzichtet.

Die belangte Behörde wies mit Berufungserkenntnis vom 3. August 2004 die Berufung als verspätet zurück.

Mit Bescheid der BH vom 8. Februar 2003 wurde dem Beschwerdeführer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist bewilligt.

Hierauf hat die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid (vom 5. September 2005) der Berufung keine Folge gegeben und das bekämpfte erstinstanzliche Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt und hat weiter den Beschwerdeführer auch zum Ersatz der Kosten des Berufungsverfahrens verpflichtet.

Nach zusammengefasster Darstellung des Verfahrensganges führte die belangte Behörde aus, grundsätzlich sei auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis zu verweisen. Die dem Beschuldigten vorgeworfene Handlung sei keineswegs "von seiner Gewerbeberechtigung nach § 136 Abs. 3 GewO umfasst", weshalb er sich auch nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 3 RAO berufen könne. Der Hinweis des Beschwerdeführers, er habe die Rechtslage dahin interpretiert, dass er zur fraglichen Tätigkeit berechtigt gewesen wäre, stelle keinen Umstand dar, der geeignet sei, ein mangelndes Verschulden darzutun. Auch nach Auffassung der Berufungsbehörde liege sehr wohl fahrlässiges Verhalten vor. Insoweit er darauf hinweise, dass ihm kein Vorwurf des bewusst sittenwidrigen oder gesetzwidrigen Verhaltens zu machen sei, übersehe er dabei, dass hier fahrlässiges Verhalten ausreiche.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

§ 57 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung (RAO) lautet (§ 57 idF BGBl. I Nr. 98/2001):

"(2) Wer unbefugt eine durch dieses Bundesgesetz den Rechtsanwälten vorbehaltene Tätigkeit gewerbsmäßig anbietet oder ausübt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 6100 Euro zu bestrafen. Diese Tat darf nicht auch nach anderen Bestimmungen über die Strafbarkeit der Winkelschreiberei geahndet werden."

§ 8 RAO (dieser Paragraph idFBGBl. I Nr. 71/1999) lautet

auszugsweise:

"Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte

§ 8. (1) Das Vertretungsrecht eines Rechtsanwalts erstreckt sich auf alle Gerichte und Behörden der Republik Österreich und umfasst die Befugnis zur berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen, in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten. Vor allen Gerichten und Behörden ersetzt die Berufung auf die Bevollmächtigung deren urkundlichen Nachweis.

(2) Die Befugnis zur umfassenden berufsmäßigen Parteienvertretung im Sinn des Abs. 1 ist den Rechtsanwälten vorbehalten. Die Berufsbefugnisse der Notare, Patentanwälte, Wirtschaftstreuhänder und Ziviltechniker werden hiedurch nicht berührt.

(3) Jedenfalls unberührt bleiben auch Parteienvertretungen auf Grund sonstiger gesetzlicher Bestimmungen, der Wirkungsbereich von gesetzlichen Interessenvertretungen und von freiwilligen kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer, die Auskunftserteilung oder Beistandsleistung durch Personen oder Vereinigungen, soweit sie nicht unmittelbar oder mittelbar dem Ziel wirtschaftlicher Vorteile dieser Personen oder Vereinigungen dienen, sowie Befugnisse, die in den Berechtigungsumfang von gebundenen oder konzessionierten Gewerben oder von Handwerkern fallen.

(4) ..."

§ 51 Abs. 7 VStG lautet:

"(7) Sind in einem Verfahren, in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht, seit dem Einlangen der Berufung gegen ein Straferkenntnis 15 Monate vergangen, so tritt das Straferkenntnis von Gesetzes wegen außer Kraft; das Verfahren ist einzustellen. Die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist in diese Frist nicht einzurechnen."

Im Beschwerdefall ist weiters die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 (Wiederverlautbarung), anzuwenden, die zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2002, galt.

§ 29 GewO 1994 lautet:

"§ 29. Für den Umfang der Gewerbeberechtigung ist der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen."

In § 94 leg. cit. sind die "reglementierten Gewerbe" aufgezählt; dazu gehört (Z. 74) das Gewerbe "Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation".

§ 136 GewO 1994 lautet:

"Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation

§ 136. (1) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren (§ 94 Z 74) sind auch zur Ausübung der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berechtigt, wenn sie den für diese Tätigkeit erforderlichen Befähigungsnachweis erbringen.

(2) Die Vermittlung von Führungskräften im Sinne des Abs. 1 ist die Vermittlungstätigkeit in Bezug auf offene Stellen, die nach dem Inhalt der Tätigkeit mit leitenden Angestellten, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht, welche nicht als Arbeitnehmer gelten und hinsichtlich derer das angebotene Entgelt zumindest die Höhe der Höchstbeitragsgrundlage in der Pensionsversicherung nach § 45 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes erreicht, besetzt werden.

(3) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren sind im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts berechtigt."

§ 376 Z 34c GewO 1994 lautet:

"34c. (Ausgleichsvermittler:)

(1) Gewerbetreibende, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 29/1993 zur Ausübung des Gewerbes der Ausgleichsvermittler berechtigt sind, dürfen das genannte Gewerbe nach Maßgabe der Abs. 2 bis 7 weiter ausüben. Neue Berechtigungen dürfen nicht mehr begründet werden.

(2) Die im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, Bücher zu führen, aus denen der genaue Inhalt der vermittelten Ausgleiche (Namen der Schuldner und Gläubiger, Ausgleichssumme, Ausgleichsquote, allenfalls einzelnen Gläubigern eingeräumte besondere Vorteile, sofern deren Gewährung überhaupt zulässig ist, Namen der allfälligen Bürgen) und die Höhe der Entlohnung hervorzugehen hat.

(3) Die im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die im Abs. 2 genannten Bücher durch sieben Jahre aufzubewahren. Die Frist von sieben Jahren läuft vom Schluß jenes Kalenderjahres, in dem die letzte Eintragung vorgenommen wurde.

(4) Im Falle der Endigung der Gewerbeberechtigung sind die im Abs. 2 genannten Bücher an die Bezirksverwaltungsbehörde abzuliefern.

(5) Den im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden ist jegliche Werbung, insbesondere die Werbung für ihre Tätigkeit in Zeitungen, Rundschreiben u. dgl., untersagt. Sie dürfen ohne vorherige ausdrückliche schriftliche Aufforderung Schuldner weder persönlich aufsuchen noch sie durch dritte Personen aufsuchen lassen, um ihnen ihre Vermittlungstätigkeit anzubieten oder ihnen einen Ausgleich naheulegen, noch dürfen sie ihnen unaufgefordert auf andere Art ihre Tätigkeit anbieten.

(6) Eine Ausnahme vom Verbot des Abs. 5 besteht nur für die Fälle, in denen dem Ausgleichsvermittler hinsichtlich eines Schuldners nachweislich bekannt ist, daß dieser die Eröffnung des gerichtlichen Ausgleichsverfahrens oder ein Gläubiger die Eröffnung des Konkurses beantragt oder der Schuldner mehr als drei Gläubigern einen außergerichtlichen Ausgleich angetragen hat.

(7) Die im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden sind zur berufsmäßigen Parteienvertretung in Insolvenzverfahren vor dem Gerichtshof erster Instanz und vor Behörden befugt. Die im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, beim Verkehr mit den Gläubigern der von ihnen vertretenen Schuldner ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß sie als Vertreter dieser Schuldner auftreten."

Die dem nunmehrigen § 136 entsprechende Bestimmung lautete in der Stammfassung der GewO 1994 (damals § 172; das Gewerbe "Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren" war damals in § 124 GewO 1994 unter den nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerben genannt; die Ziffer wechselte in der Folge):

"Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren

§ 172. (1) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren (§ 124 Z 22) sind auch zur Ausübung der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berechtigt, wenn sie den für diese Tätigkeit vorgeschriebenen Teil des Befähigungsnachweises entsprechend der Verordnung betreffend den Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren erbringen.

(2) Bis zur Erlassung einer das Recht zur Ausübung der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berücksichtigenden Verordnung betreffend den Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren gilt für den Nachweis der Befähigung zur Ausübung dieses Rechtes § 376 Z 9.

(3) Die Vermittlung von Führungskräften im Sinne des Abs. 1 und 2 ist die Vermittlungstätigkeit in Bezug auf offene Stellen, die nach dem Inhalt der Tätigkeit mit leitenden Angestellten, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht, welche nicht als Arbeitnehmer gelten und hinsichtlich derer das angebotene Entgelt zumindest die Höhe der Höchstbeitragsgrundlage in der Pensionsversicherung nach § 45 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes erreicht, besetzt werden."

Mit der Novelle BGBl. Nr. 10/1997 wurde diesem § 172 folgender vierter Absatz angefügt:

"(4) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren sind im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden oder Körperschaften öffentlichen Rechtes berechtigt."

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu dieser Novelle (47 der Beilagen 20. GP, Seite 20, zu Art. I Z 27 - § 172 Abs. 4), heißt es lediglich: "Mit der beabsichtigten Maßnahme soll einem dringenden Erfordernis dieses Berufsstandes Rechnung getragen werden".

Mit der Novelle BGBl. Nr. 61/1997 wurde § 172 GewO 1994 wie folgt neu gefasst:

"Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren

§ 172. (1) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren (§ 124 Z 16) sind auch zur Ausübung

der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berechtigt, wenn sie den für diese Tätigkeit vorgeschriebenen Befähigungsnachweis entsprechend der Verordnung über den Befähigungsnachweis für die Tätigkeit der Arbeitsvermittler erbringen.

(2) Die Vermittlung von Führungskräften im Sinne des Abs. 1 ist die Vermittlungstätigkeit in Bezug auf offene Stellen, die nach dem Inhalt der Tätigkeit mit leitenden Angestellten, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht, welche nicht als Arbeitnehmer gelten und hinsichtlich derer das angebotene Entgelt zumindest die Höhe der Höchstbeitragsgrundlage in der Pensionsversicherung nach § 45 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes erreicht, besetzt werden.

(3) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren sind im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechtes berechtigt."

Mit der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002 wurde das gesamte II. Hauptstück der GewO neu gefasst (darunter auch der nunmehrige § 94); der bisherige § 172 wurde nun zum (oben wiedergegebenen)

§ 136.

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass der nun angefochtene Bescheid nicht innerhalb der 15 Monatsfrist des § 51 Abs. 7 VStG erlassen worden sei, weshalb das erstinstanzliche Straferkenntnis gemäß dieser Gesetzesstelle außer Kraft getreten sei.

Diese Auffassung trifft nicht zu: Dieses Außerkrafttreten des Straferkenntnisses von Gesetzes wegen kommt nur in einem Verfahren in Betracht, in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht (erster Satz des § 51 Abs. 7 VStG); dass trifft hier gemäß § 58 RAO nicht zu (weil danach auch der Rechtsanwaltskammer ein Berufungsrecht zukommt). Darüber hinaus wäre diese 15-Monatsfrist im Beschwerdefall auch deshalb gewahrt, weil der Bescheid der belangten Behörde, mit welchem die Berufung als verspätet zurückgewiesen wurde, innerhalb der 15-Monatsfrist ergangen ist, die 15-Monatsfrist mit Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand neu zu laufen begann (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 1994, Zl. 93/09/0191), und der angefochtene Bescheid innerhalb dieser neuerlichen 15-Monatsfrist erlassen wurde.

In der Sache selbst vertritt der Beschwerdeführer weiterhin den Standpunkt, er habe die ihm vorgeworfene Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt.

In seiner Entscheidung vom 24. Juni 2003, 4 Ob 26/03g, hat der Oberste Gerichtshof zur hier strittigen Frage ausgeführt:

"Im Mittelpunkt des vorliegenden Falls steht die Frage, ob der Umfang bzw der Rahmen der 'Gewerbeberechtigung' eines Unternehmensberaters durch Gesetz (GewO), Bescheid (der Gewerbebehörde) und/oder auch durch eine allgemeine Auffassung des zuständigen Fachverbands (der Wirtschaftskammer) über dessen Berufsbild konkret umrissen und gegenüber anderen Gewerben abgegrenzt ist oder nur derart 'verschwommen' geregelt ist, dass von jedem (dieses Gewerbe Ausübenden oder auch einem solchen gegenüberstehenden 'Konkurrenten') ein diesen Umfang/Rahmen erweiternder oder auch einschränkender Rechtsstandpunkt mit guten Gründen vertreten werden kann. Ersteres ist nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senates der Fall. Denn wie bereits in den Entscheidungen 4 Ob 145/01d (= EvBl 2002/6 = RdW 2002/16), 4 Ob 265/99w (= JBl 2000, 441 (Staudegger) = ecolo 2000, 107 = RdW 2000, 208) und auch 4 Ob 44/02b zum Berufsbild des Unternehmensberaters ausgeführt wurde, besteht die unternehmens- /unternehmerberatende Tätigkeit schon ihrem Wesen nach in einem Tätigwerden im Innenverhältnis (zum Auftraggeber) und erhält der Unternehmensberater typischerweise von seinem Auftraggeber weder Entscheidungsbefugnisse, noch die Ermächtigung, die beschlossenen Problemlösungen (etwa als dessen bevollmächtigter Vertreter) nach außen durchzusetzen und für den Auftraggeber zu realisieren. Letzteres obliegt danach vielmehr dem Auftraggeber selbst, der sich dazu wiederum beauftragter Hilfspersonen im Rahmen von deren Befugnissen) bedienen kann. Außenkontakte des Unternehmensberaters namens seines Auftraggebers überschreiten demnach nur solange den Rahmen der Gewerbebefugnis nicht, als sie zur Erfüllung der vom Unternehmensberater berufstypisch zu erbringenden Leistungen (Erarbeitung von Konzepten und Problemlösungen) erforderlich sind (EvBl 2002/6). Da die Befugnis zur umfassenden berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen, in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten den Rechtsanwälten vorbehalten ist (§ 8 Abs 1 RAO) und gemäß Abs 3 leg. cit. von diesem Vertretungsvorbehalt die Befugnisse unberührt bleiben, die in den

Berechtigungsumfang u.a. von gebundenen Gewerben fallen, wird mit der für den Beklagten anwendbaren Bestimmung des § 172 Abs 3 GewO (alt = § 136 Abs 3 GewO neu) eben nur die Ausnahme von diesem, den Rechtsanwälten zustehenden Vertretungsvorbehalt zum Ausdruck gebracht, dass er im Rahmen der Gewerbeberechtigung die Befugnis zur Rechtsberatung und Rechtsvertretung des Auftraggebers auch vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts hat (Tades, Bemerkungen zum Rechtsanwaltsprüfungsgesetz AnwBl 1985, 619 ff, 624). Damit ist klargestellt, dass der Gesetzgeber Unternehmensberatern keine umfassende berufsmäßige Parteienvertretung (etwa auch zur Vertretung ihrer Klienten gegenüber nicht amtlichen Dritten oder zur Vertretung vor Behörden in privaten Angelegenheiten) ermöglichen wollte (EvBl 2002/6; 4 Ob 44/02b). Die berufsmäßige außergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Klienten (Privatpersonen scheiden hier schon nach dem Berufsbild des Beklagten von vorneherein aus) ist somit nicht Inhalt der Gewerbebefugnis des Beklagten. Eine derartige Auffassung kann auch nicht mit guten Gründen vertreten werden. In diesem Zusammenhang bedeutet die im sogenannten Gewerbereferentenprotokoll 2000 des BMWA vom 23. 11. 2000, GZl 33.820/15 - III/A/1/00, (Blg 3) zum Ausdruck kommende Rechtsmeinung des BMWA, nach der dem Unternehmensberater, dessen Tätigkeit der eines Reorganisationsprüfers, eines Masseverwalters oder Ausgleichsverwalters vergleichbar sei, die Vertretung von Schuldern in bestimmten Angelegenheiten gestattet sei, in Wahrheit keine taugliche Unterstützung des vom Beklagten vertretenen Standpunkts. Soweit nämlich die dort 'angeführte' Tätigkeit eines Unternehmensberaters in dessen Gewerbebefugnis fällt, wird eine Vertretungstätigkeit des Beklagten ja auch von der klagenden Partei gar nicht in Frage gestellt, zumal sich das Klagebegehren nur auf 'außerhalb der Gewerbeberechtigung' stattfindende und angekündigte Vertretungstätigkeiten bezieht. Gerade die Gegenüberstellung der Bestimmungen des § 8 RAO und des § 172 Abs 3 (nunmehr § 136 Abs 3) GewO führt zu dem Ergebnis, dass der Beklagte als Unternehmensberater zur berufsmäßigen Parteienvertretung außerhalb seiner Gewerbebefugnisse in keiner Weise berechtigt ist. Soweit die Entscheidung 4 Ob 44/02b so verstanden werden könnte, der (dort) Beklagte habe mit guten Gründen nicht nur die Rechtsmeinung vertreten können, unter Behörde im Sinn des § 172 Abs 3 GewO seien auch Gerichte zu verstehen, sondern auch jene, zum Umfang seiner Gewerbebefugnisse iS des § 172 Abs 3 GewO zähle auch die Vertretung seiner Klienten in Insolvenzverfahren vor Gerichten, kann diese Entscheidung aus den dargelegten Gründen nicht aufrechterhalten werden."

Der Oberste Gerichtshof verblieb bei dieser Auffassung zum Umfang der Befugnisse des Unternehmensberaters gemäß § 136 Abs. 3 GewO 1994 auch in seiner Entscheidung vom 11. Jänner 2005, 4 Ob 248/04f.

Im Beschwerdefall geht es nicht um die Frage, ob ein Unternehmensberater ganz allgemein berechtigt ist, im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung die Interessen seines Klienten nicht nur vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts sondern auch gegenüber Dritten zu vertreten, sondern um die Frage, ob der Beschwerdeführer berechtigt war, die vorgeworfene Tätigkeit auszuüben.

Grabler/Stolzechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, erste Auflage 1998, führen zur hier relevanten Problematik (Seite 645, zu § 172 GewO Rz 5) nichts unmittelbar Relevantes aus (die Betriebsberater dürften keine den Wirtschaftstreuhandern vorbehaltene Tätigkeiten ausüben). In der zweiten Auflage dieses Kommentars (2003) heißt es auf Seite 985 zu § 136 Rz 6, die Vertretungsbefugnis von Unternehmensberatern vor Gericht im Insolvenzverfahren könne auf Grund des Wortlautes des § 172 Abs. 3 (jetzt § 136 Abs. 3) mit gutem Grund bejaht werden (Hinweis auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 13. März 2002, 4 Ob 44/02b; dazu ist zu bemerken, dass diese Entscheidung diese Aussage nicht trägt; vgl. die zuvor wiedergegebene Entscheidung 4 Ob 26/03g). Referiert wird auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 10. Juli 2001, 4 Ob 145/01d.

Der Beschwerdeführer hat im Verwaltungsverfahren damit argumentiert, dass er auf Grund der Änderungen, die die Gewerbeberechtigungsnovelle 2002 (BGBl. I Nr. 111) gebracht habe, zur fraglichen Tätigkeit berechtigt sei (Hinweis auf § 136 Abs. 3 GewO 1994 idF dieser Novelle). Soweit die Beschwerdeausführungen dahin zu verstehen sein sollten, dass diese Auffassung auch im Beschwerdeverfahren vertreten wird, ist dem zu entgegnen, dass § 136 Abs. 3 GewO 1994 idF dieser Novelle dem früheren § 172 Abs. 3 GewO 1994 idF vor dieser Novelle (bzw. Abs. 4 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 10/1997) entspricht. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, welchen rechtserheblichen Unterschied die Gewerbeberechtigungsnovelle 2002 insofern gebracht haben sollte. Die dem Beschwerdeführer hier vorgeworfene Tätigkeit (in der Art eines "Ausgleichsvermittlers") ist vielmehr vom Umfang seiner Gewerbeberechtigung nicht (mehr) umfasst; der Verwaltungsgerichtshof schließt sich der zuvor wiedergegebenen Auffassung des Obersten Gerichtshofes an. Ergänzend ist noch anzuführen, dass der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren, anders als im



Verwaltungsverfahren, nicht mehr mit mangelndem Verschulden argumentiert (wobei im Übrigen der Inhalt des bezogenen Schreibens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 11. April 2003 für den Wissens- und Meinungsstand des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt des Verfassens des vorgeworfenen Schreibens vom 9. Jänner 2003 schon angesichts der zeitlichen Abfolge nicht maßgeblich sein könnte).

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 30. Mai 2006

#### **Schlagworte**

Rechtsgrundsätze Fristen VwRallg6/5

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005060292.X00

#### **Im RIS seit**

14.07.2006

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.11.2011

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)