

# TE UVS Wien 2004/05/10 04/G/34/1412/2004

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.05.2004

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Osinger in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung vom 26.4.2004 auf Grund der Berufung von Herrn Wolfgang W, vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 29.1.2004, Zl. MBA 13/14 ? S 9876/03, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 der Gewerbeordnung, entschieden wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung insoferne Folge gegeben, als die Geldstrafe von 630 Euro auf 350 Euro sowie die im Falle der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tage 12 Stunden auf 36 Stunden herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der erstinstanzliche Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 Abs 2 VStG von 63 Euro auf 35 Euro herabgesetzt.

Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## **Text**

Der Berufungswerber ist als persönlich haftender Gesellschafter der P-OEG wegen unbefugter Ausübung des freien Gewerbes "Vermittlung von Verträgen zur Benutzung von Telekommunikationseinrichtungen zwischen Betreibern derartiger Einrichtungen und jenen Personen, die diese nutzen wollen, einschließlich des Wiederverkaufes von Telekommunikationsdienstleistungen" bestraft worden.

Der Spruch des Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Sie haben als persönlich haftender Gesellschafter und somit zur Vertretung nach außen Berufener der P-OEG mit Sitz in Wien, J-gasse zu verantworten, dass diese Gesellschaft von 01.01.2003 bis 30.06.2003 in Wien, J-gasse das Gewerbe: "Vermittlung von Verträgen zur Benutzung von Telekommunikationseinrichtungen zwischen Betreibern derartiger Einrichtungen und jenen Personen, die diese nutzen wollen, einschliesslich des Wiederverkaufes von Telekommunikationsdienstleistungen" ausgeübt hat, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, indem diese Tätigkeiten in einer zu einem Büro umgestalteten Wohnung gemeinsam mit einer anderen dort etablierten Firma ausgeübt werden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs 1 Z 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr.194/1994 in der geltenden Fassung.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EUR 630,--, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen 12 Stunden gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 in Verbindung mit § 9 VStG 1991 Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

EUR 63,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d. s. 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher EUR 693,--.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen."

Mit der Berufung wird vorgebracht, in einer mündlichen Vereinbarung zwischen dem Berufungswerber und seiner Mitgesellschafterin Frau Brigitte P sei vereinbart worden, dass Frau Brigitte P für sämtliche Amtswege zuständig sei. Im Gegensatz zu den "unregelmäßigen Tätigkeiten" von Frau P sei er mit der Betreuung der Vertriebspartner beschäftigt gewesen. Frau P habe die mit ihr vereinbarte Gewerbebeanmeldung nicht gleich nach Aufnahme des Geschäftsbetriebes durchgeführt. Er habe sie mehrmals auf die Notwendigkeit der Erledigung hingewiesen und sie habe ihm das auch zugesagt. Er habe sich darauf verlassen. Es habe keinen vernünftigen Grund gegeben, an ihrer Aussage zu zweifeln. Die Aussage der Zeugin P im erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahren, dass sie von Anfang März bis Anfang Juni auf Seminar gewesen wäre, sei eine reine Schutzbehauptung. Auch in dieser Zeit sei sie den Räumlichkeiten der OEG anwesend gewesen, um Arbeiten zu erledigen. Dies werde durch einige vorgelegte E-Mails bestätigt, die sie im angeblichen Seminarzeitraum verfasst habe. Die Gewerbebeanmeldung sei aus dem alleinigen Verschulden von Frau P übersehen worden. Dies habe sie bei ihrer Zeugeneinvernahme vom 11.1.2003 auch eindeutig zugestanden, wo sie angegeben habe, "versehentlich auf die entsprechende Anmeldung des Gewerbes vergessen zu haben". Bis zur Zustellung der Strafverfügung vom 22.7.2003 habe er nicht einmal gewusst, dass sie die Gewerbebeanmeldung noch gar nicht vorgenommen gehabt habe. Die Geldstrafe sei außerdem unangemessen hoch. Als Milderungsgründe seien seine Unbescholtenheit und die Tatbegehung unter Umständen, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahe kämen, zu berücksichtigen. Ihm stünden zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes nur ca. 1.100 Euro mtl. zur Verfügung. In der durchgeführten öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung vom 26.4.2004 hat der Berufungswerber als Partei vernommen Folgendes angegeben:

"Ich habe die P-OEG gemeinsam mit Frau P im November 2002 gegründet. Zweck war die Aufnahme einer Vermittlungstätigkeit, einerseits hinsichtlich Telekomverträgen, andererseits hinsichtlich Kreditkartenverträgen. Die Gesellschaft hat bereits unmittelbar nach Gründung beziehungsweise Eintragung im Firmenbuch im November 2002 mit der operativen Tätigkeit begonnen. Unser Firmensitz war in Wien, J-gasse und hatten dort Frau P und ich unser Büro. Wir wohnen auch beide in Wien. Ich selbst war beruflich aber hauptsächlich in den Bundesländern unterwegs, denn meine Aufgabe war die Betreuung unserer Vertriebspartner. Persönlich gesehen haben wir uns vielleicht einmal in der Woche, aber natürlich hatten wir zwischendurch Kontakt. Meine Aufgabe war von Anfang an die Vertriebsleitung und war Frau P zuständig für das gesamte Rechnungswesen und die Büروفührung. Das hatten wir nur mündlich vereinbart und ist es bei dieser Vereinbarung geblieben. Jeder von uns hat sich von Anfang daran gehalten. Anfang November 2002 hatten wir einen gemeinsamen Termin bei der Gewerbebehörde. Wir wollten beide gemeinsam das Gewerbe anmelden. Frau P war jedoch verhindert und ist es auch in weiterer Folge aufgrund von Terminproblemen nie zu der Gewerbebeanmeldung gekommen. Nach drei- viermaligen

vergeblichen Versuchen meinerseits hat Frau P zugesagt, sich in Zukunft alleine um die Gewerbebeanmeldung zu kümmern und hat mich in weiterer Folge immer wieder getröstet, wenn ich sie auf dieses Thema angesprochen habe, was nicht selten passiert ist. Sie meinte nur, ich sollte mich um den Vertrieb kümmern und habe ich das auch tatsächlich gemacht. Sie hatte auch alle Unterlagen für die Gewerbebeanmeldung bei sich in ihrem Kasten und habe ich vielleicht deswegen nicht weiter darauf gedrängt, dass ich selber die Anmeldung mache. Ich habe der immer wieder verzögerten Gewerbebeanmeldung zugeschaut und hat sich das aus dem Ablauf der Geschäftsabwicklung beziehungsweise meiner intensiven Beschäftigung mit den Vertriebspartnern so ergeben.

Über Vorhalt der Zeugenaussage von Frau P vom 11.11.2003: Ich kann mir nicht vorstellen, dass sie drei Monate von März bis Juni ununterbrochen auf Seminar gewesen ist, denn sonst hätte ich ja firmenintern ihre Aufgaben miterledigen müssen und musste ich das tatsächlich keinesfalls tun. Auch kann ich mir kaum ein bloßes Versehen der Frau P als Grund für die Unterlassung der Gewerbebeanmeldung vorstellen. Die Gewerbebeanmeldung ist dann sofort nach der ersten Mitteilung des Magistrates in der Angelegenheit erfolgt. Das muss Ende Juni, Anfang August 2002 gewesen sein. Wenn im Akt diesbezüglich der 6.8.2003 aufscheint, ist dies sicher richtig. Bei der Gewerbebeanmeldung

hat es überhaupt keine Probleme gegeben. Sowohl Frau P als auch ich waren bereits vor Gesellschaftsgründung selbstständig tätig und habe ich nach wie vor ein Gewerbe angemeldet, seinerzeit hatte ich sogar ein Vermittlungsgewerbe.

Die Gewerbebeanmeldung ist meines Wissens nicht durch Frau P, sondern durch ihren Lebensgefährten Herrn B erfolgt. Letzterer hat Frau P sicherlich nicht unmaßgeblich bei der Geschäftsführung beeinflusst beziehungsweise geholfen. Frau P hat bis Ende Juni 2003 niemals über Überlastung, dass sie mit den Geschäften nicht zurande kommt, geklagt, zumindest nicht mir gegenüber. Frau P war sicher niemals längere Zeit, gar mehrere Wochen beziehungsweise Monate über, nicht im Büro erreichbar. Ich habe sie eigentlich immer über Festnetz erreichen können. Es stimmt schon, dass sie eine Zeit lang mit einem privaten Hauskauf beschäftigt war, doch ist sie auch da regelmäßig ins Büro gekommen und hat ihre Arbeit gemacht."

Daraufhin wurde seine ehemalige Mitgesellschafterin, Frau Brigitte P, als Zeugin vernommen und hat Folgendes angegeben:

?Ja, ich kenne den Berufungswerber schon vor Gesellschaftsgründung. Ich habe schon vorher mit ihm beruflich zusammengearbeitet. Vereinbart war von Anfang an, dass er sich um den Außen- und ich mich um den Innendienst kümmere. Zum Innendienst gehört alles was zur Buchhaltung und dem Zahlungsverkehr dazugehört. Wenn ich gefragt werde, in welchen Bereich die Gewerbebeanmeldung gehört, so gebe ich an, dass wir dafür eigentlich beide zuständig waren. Wir hatten keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen. Uns war beiden klar, dass die schon vor Gesellschaftsgründung in der alten Firma gepflogene interne Geschäftsverteilung, die ich oben skizziert habe, auch in der

neuen Firma so weitergeführt werden soll und haben wir deswegen nichts schriftlich vereinbart.

Der Berufungswerber hat dann nach dem angelasteten Tatzeitraum im Juli 2003 die Gesellschaft verlassen und wurden die Geschäfte danach nur noch kurze Zeit weitergeführt. Eigentlich wollte ich nach dem Weggang des Berufungswerbers die Geschäfts schon weiterführen und habe ich deswegen auch das Gewerbe im August 2003 angemeldet. Befragt, warum ich das Gewerbe erst im August angemeldet habe und ob das etwas mit dem Weggang des Berufungswerbers zu tun hat: Eigentlich nicht, der Grund war eine Zeugenladung der Gewerbebehörde und erfolgte daraufhin die Gewerbebeanmeldung. Ich habe aber auch selbst wegen der unterlassenen Gewerbebeanmeldung eine Strafe zu bezahlen gehabt. Befragt, ob ich nicht schon vorher auf die Idee gekommen bin, das Gewerbe anzumelden: Natürlich, aber habe ich mich da auf meinen Rechtsanwalt verlassen. Direkt gesprochen mit den Anwalt habe ich diesbezüglich aber nicht, sondern hat mir nur mein Steuerberater mitgeteilt, dass sich der Anwalt auch um die Gewerbebeanmeldung kümmern würde. Ich habe da aber nie nachgefragt. Wenn ich gefragt werde, ob ich dem Berufungswerber persönliches Tätigwerden zugesagt oder immer nur auf den Anwalt verwiesen habe: Das kann ich heute nicht mehr sagen. Ich hatte wie bereits angegeben von Anfang März bis Anfang Juni ein Seminar zu besuchen und war ich auch privat mit anderen Dingen beschäftigt, sodass ich für die Firma kaum mehr Zeit hatte. Das wird sicher auch der Berufungswerber bestätigen, dass ich damals selten in der Firma erschienen bin.

Gearbeitet habe ich eigentlich nur zu Hause. Es gab da auch Unstimmigkeiten zwischen dem Berufungswerber und mir und war es fraglich, ob die Firma überhaupt weitergeführt wird. Vielleicht habe ich deswegen die Angelegenheit etwas schleifen lassen. Ab März 2003 habe ich mich auf die Ausbildung als Entspannungstrainerin vorbereitet und hatte ich da durchschnittlich zwei bis drei Termine pro Woche. Ob jemand in der Firma davon gewusst hat: Ja, mein Lebensgefährte wusste davon und war der in der Firma tätig. Herr DI B hat sich in der Firma um die Dinge gekümmert, für die normalerweise ich zuständig war, wenn ich verhindert war. Außerdem war unser neu erworbenes Haus zu räumen und musste ich neben meiner Ausbildungstätigkeit noch auf der Baustelle nach dem rechten schauen. Für die Firma ist da nicht viel Zeit übrig geblieben. Die Abrechnung habe ich nebenbei am Computer gemacht und zwar zu Hause. Mehr konnte ich zeitmäßig nicht tun. In der Firma war ich nur sehr selten. Einen gemeinsamen Termin für die Gewerbebeanmeldung haben wir nie vereinbart. Wir waren ja beide zeichnungsbefugt und hätte auch der Berufungswerber die Gewerbebeanmeldung unterschreiben müssen. Ich habe meine Strafe schon bezahlt.

Nach dem ich mich zuerst auf den Anwalt verlassen habe, habe ich dann die Gewerbebeanmeldung aus Versehen vergessen, weil ich eben so viel anderes zu tun hatte. Die Papiere für die Gewerbebeanmeldung waren im Büro und hätte ich da noch Zusätzliches besorgen müssen. Zeitweise wollte ich aus der Firma ausscheiden und ist das im Juni 2003 besprochen worden, dass ich mit Jahresende ausscheide."

Daraufhin wurde der aus dem Spruch ersichtliche

Berufungsbescheid zunächst mündlich verkündet.

Dafür waren folgende Gründe maßgebend:

Der Berufungswerber stellt das Fehlen der erforderlichen Gewerbeberechtigung trotz Ausübung desselben im angelasteten Tatzeitraum nicht in Abrede. Er beruft sich darauf, dass er auf Grund (interner mündlicher) Zusage nur für die "Vertriebspartner", seine Mitgesellschafterin hingegen auch für die Behördenkontakte verantwortlich gewesen wäre. Eine ausdrückliche Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit auf seine Mitgesellschafterin hat er nicht einmal behauptet. Er hat auf seine wiederholten Bemühungen, die Mitgesellschafterin solle die ursprünglich gemeinsam geplante Gewerbebeanmeldung nun endlich alleine vornehmen, verwiesen. Dies habe sie aber aus nicht von ihm zu verantwortenden Gründen nie getan.

Seine Mitgesellschafterin hat als Zeugin geschildert, sie sei aus privaten Gründen, auch wegen einer von ihr begonnenen Ausbildung zur Entspannungstrainerin, gehindert gewesen, die Gewerbebeanmeldung vorzunehmen. Anfangs habe sie auf die Tätigkeit des Firmenanwaltes vertraut.

Weder die Mitgesellschafterin noch der Berufungswerber waren letztlich in Unkenntnis der unterbliebenen Gewerbebeanmeldung. Irgendwelche Sanktionen für den Fall des weiteren Untätigbleibens seiner Mitgesellschafterin hat der Berufungswerber nicht vorgebracht. Einmal hat die Mitgesellschafterin, dann wieder der Berufungswerber mit seinem Ausscheiden gedroht. Der Berufungswerber hat diese Drohung schließlich wahrgemacht und ist (jedoch erst nach dem Ende des Tatzeitraumes) aus der Gesellschaft ausgeschieden. Erst nach seinem Ausscheiden wurde das Gewerbe von seiner ehemaligen Mitgesellschafterin angemeldet (laut Akteninhalt am 6.8.2003), danach die Geschäftstätigkeit offenbar endgültig eingestellt. Offenbar waren sie bereits zuvor in einer anderen Gesellschaft gewerblich tätig gewesen. Sowohl der Berufungswerber als auch die Mitgesellschafterin waren mit den gewerberechtlichen Vorschriften offenkundig gut vertraut. Der Berufungswerber lebt in günstigen finanziellen Verhältnissen, nämlich Einkommen von netto 2.500 Euro monatlich, kein Vermögen und keine Sorgepflichten.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 in der hier geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Der Berufungswerber ist im Tatzeitraum gemeinsam mit seiner Mitgesellschafterin Brigitte P zur Vertretung der P-OEG befugt gewesen. Das Vertretungsverhältnis begann mit Eintrag der Gesellschaft in das Firmenbuch am 5.11.2002. Der Berufungswerber bildete gemeinsam mit seiner Mitgesellschafterin das Vertretungsorgan. Ein verantwortlicher Beauftragter nach § 9 VStG wurde weder aus dem Kreis der vertretungsbefugten Personen noch sonst bestellt. In einem solchen Fall trifft die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung alle vertretungsbefugten Personen, soweit ihnen ein Verschulden zur Last fällt (etwa VwGH vom 12.10.1993, 93/05/0219).

Ein verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher ist dann nicht strafbar, wenn er alles getan hat, um seine Pflicht zu erfüllen, auch

wenn die Erfüllung durch die Tätigkeit oder Untätigkeit der anderen vertretungsbefugten Personen unterblieben ist (etwa VwGH vom 10.10.1995, 94/05/0331). Ein verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher darf sich nicht allein darauf verlassen, dass die im

Innenverhältnis dafür zuständige zweite vertretungsbefugte Person die erforderliche Bewilligung erwirkt, sondern hat sich davon zu überzeugen, ob diese tatsächlich vorliegt (VwGH vom 25.3.1992, 91/03/0323).

Hier fehlte für die Behördenkontakte eine eindeutige generelle Geschäftsverteilung. Beide waren laut Firmenbuch gemeinsam vertretungsbefugt. Offenbar bestand anfangs die Absicht, die Gewerbebeanmeldung gemeinsam vorzunehmen. Wohl wegen der Inanspruchnahme des Berufungswerbers im "Außendienst" hat sich seine Mitgesellschafterin ihm gegenüber bereit erklärt, die Angelegenheit alleine zu erledigen. Trotz häufiger Nachfrage und Drängens des Berufungswerbers hat sie dies auf Grund eigener terminlicher Probleme bis zum Ende des Tatzeitraumes nicht getan. Im Ergebnis ist dem Berufungswerber zu Gute zu halten, dass seine Mitgesellschafterin die betreffende Angelegenheit letztlich als

ihre betrachtet hat und erklärt sich auch so, dass er immer wieder zugewartet hat. Irgendwelche Abhilfemaßnahmen gegen ihre Untätigkeit hat er aber nie getroffen, sondern nur pauschal mit seinem Verlassen der Gesellschaft gedroht. Dies konnte sie allerdings schon deswegen nicht zum Handeln veranlassen, weil auch sie mit dem Gedanken der Auflösung der Gesellschaft gespielt hat. Auf Grund dieser Differenzen ist es zu keiner Gewerbeanmeldung gekommen.

Das Mitverschulden an einer trotz häufiger Nachfrage und Drängens des einen Gesellschafters der OEG von dem anderen zwar intern übernommenen, in der Folge aber unterlassenen Gewerbeanmeldung trifft den ersten Gesellschafter, sofern er keine der ihm zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen (Terminsetzung, danach eigene Vornahme der Gewerbeanmeldung) ergreift. Das bloße Drohen mit dem Verlassen der Gesellschaft reicht dann nicht aus, wenn auch der andere Mitgesellschafter mit der Auflösung der Gesellschaft droht und letztlich niemand handelt.

Dem Berufungswerber fällt daher Sorgfaltswidrigkeit zur Last. Der Nachweis mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG ist ihm nicht gelungen. Er durfte der Verwaltungsübertretung schuldig erkannt werden.

Zur Strafbemessung:

Das ausgeübte Gewerbe, wofür die Gewerbeanmeldung gefehlt hat, ist ein freies Gewerbe. Die Voraussetzungen für die Gewerbeanmeldung lagen offenbar vor, wie die später erfolgreich vorgenommene Gewerbeanmeldung gezeigt hat. Das Unterbleiben der Gewerbeanmeldung ist daher im Wesentlichen eine Ordnungswidrigkeit. Das Interesse an einem geordneten Gewerbeswesen, wozu die zeitgerechte Überprüfung der Gewerbeausübungsvoraussetzungen und auch das Evidenthalten der Gewerbetreibenden gehört, ist zwar nicht unbeträchtlich verletzt worden. Der Unrechtsgehalt ist aber nicht gravierend. Als erschwerend wirkt der lange Tatzeitraum. Mildernd ist die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers. Seine finanziellen Verhältnisse sind günstig. Bei diesen Strafzumessungsgründen erschien die Herabsetzung der Geldstrafe auf einen Betrag von rund einem Zehntel der Strafobergrenze ausreichend, zumal der Berufungswerber die betreffende Gesellschaft auch bereits verlassen hat und die unterbliebene Gewerbeanmeldung offenbar vor allem im gestörten Verhältnis zur Mitgesellschafterin begründet war. Eine weitere Strafherabsetzung kam nicht in Betracht, zumal ein Erschwerungsgrund vorgelegen ist.

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

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