jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Burgenland 1998/09/01 15/02/97024

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.09.1998

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Burgenland hat durch sein Mitglied Mag Grauszer über die Berufung des Herrn H , geboren am

,

wohnhaft in , vom 13 10 1997, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt-Umgebung vom 03 10 1997, Zl 300-6148-1997, wegen Bestrafung nach der Gewerbeordnung 1994 zu Recht

erkannt:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit § 51 Abs 1 VStG wird der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis legt Herrn H als Übertretung des § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 127 Z 4 Gewerbeordnung 1994 idF vor dem BGBlNr 63/1997 zur Last, er habe selbständig und regelmäßig das Baumeistergewerbe ausgeübt, indem er mit Herrn S als Erfüllungsgehilfen den Innenputz (Mauerverputzarbeiten) und das Einmauern eines Türstocks im Haus der L in H gegen Entgelt in Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt habe, ohne die hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Dies sei bei einer Gendarmerieüberprüfung am 06 08 1996 festgestellt worden. Eine Geldstrafe von S 5000,-- wurde verhängt.

Gegen diese Bestrafung wendet sich der Berufungswerber mit dem Hinweis auf seine bisherigen Rechtfertigungsangaben. Diese Rechtfertigungsangaben sind in einer Strafverhandlungsschrift vom 18 09 1996 enthalten, wonach Herr S ein ehemaliger Arbeitskollege von

ihm sei, weshalb er ihm unentgeltlich geholfen habe. Frau L sei

die Lebensgefährtin des Herrn S und gehöre ihr das Haus. Er habe

nicht gegen Entgelt und nicht in Gewinnabsicht die Arbeiten durchgeführt. Die Niederschrift vom 22 11 1996 mit Herrn BI , jenem Gendarmeriebeamten, der die Kontrolle auf der Baustelle durchgeführt hat, wurde ihm zur Kenntnis gebracht, hiezu gab er jedoch inhaltlich keine Aussage ab. In seinem Schreiben vom 17 12 1996 verbleibt er bei seiner Aussage vom 18 09 1996. Er habe in dieser Sache nichts mehr zu sagen. In der Berufungsbegründung betont er, daß er zwar des öfteren im Hause der Frau L zu Besuch gewesen sei, jedoch anläßlich der Kontrolle am 06 08 1996 das erste und einzige Mal tätig geworden sei. Hiefür habe er weder eine Entlohnung erhalten noch einen sonstigen Vorteil

erzielt. Nachdem ihn Frau L gefragt habe, wie die Arbeiten durchzuführen seien und er gemerkt habe, daß sie und ihr Lebensgefährte ohne Vorkenntnisse die Arbeiten hätten ausführen wollen, habe er aus eigenem Antrieb begonnen, zu helfen. Frau L habe ihm keinen Auftrag erteilt und selbst mitgearbeitet. Wenn in der Begründung des Straferkenntnisses angeführt sei, daß ein Freundschaftsverhältnis zu Herrn S nicht vorliege, so wende er demgegenüber ein, daß sie beide nachweislich für die MA 48 im fünften Bezirk gearbeitet hätten.

Hierüber hat der Verwaltungssenat erwogen:

Das angefochtene Straferkenntnis wirft dem Berufungswerber vor, das Baumeistergewerbe ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt

zu haben, was gegen Entgelt in Gewinnerzielungsabsicht selbständig und regelmäßig erfolgt sei. Die belangte Behörde hat in der Begründung des Straferkenntnisses dargelegt, daß die fachlichen Arbeiten vom Berufungswerber durchgeführt worden seien und Herr S die Hilfstätigkeiten ausgeführt habe. Die Schlußfolgerung der belangten Behörde, daß der Berufungswerber somit über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt also quasi als Bauführer fungiert habe, kann jedoch nicht nachvollzogen werden. Im Hinblick auf die Sachverhaltsdarstellung der Bezirkshauptmannschaft geht der Verwaltungssenat davon aus, daß als fachliche Arbeit die Maurerarbeiten und als Hilfstätigkeit das Zementmischen verstanden wurde. Die weitere Schlußfolgerung der belangten Behörde, daß somit das Merkmal der Selbständigkeit feststünde, zumal auch keinerlei Anzeichen für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zwischen dem Berufungswerber und Frau L vorlägen sondern im Gegenteil ein eher werkvertragsähnliches Verhältnis ersichtlich sei, ist unbegründet und

falsch.

Selbständigkeit im Sinne des § 1 Abs 3 Gewerbeordnung 1994 liegt vor,

wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Wer das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene unternehmerische Risiko

trägt, ist nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente zu beurteilen. Das Zufließen eines wirtschaftlichen Vorteils indiziert nicht schlechthin das Vorliegen des Tatbestandsmerkmales eines unternehmerischen Risikos.

Im Anlaßfall ist kein unternehmerisches Risiko des Berufungswerbers

erkennbar. Warum die belangte Behörde von einem

werkvertragsähnlichen

Verhältnis ausgeht, verschweigt sie in der Begründung ihres

Straferkenntnisses. Ein solches ist schon deshalb nicht anzunehmen,

weil der Berufungswerber angegeben hat, daß er von S ersucht

worden sei, nach zu kommen, wo er ihm (S) bei

Verputzarbeiten im Hause seiner Freundin behilflich sein sollte.

S gab an, er habe, als er etwas Geld übrig gehabt hätte, seinen

Freund H ersucht, er möge ihm helfen, das Haus seiner Freundin zu

renovieren. H sollte ihm bei Verputzarbeiten behilflich sein

(siehe Niederschriften des Gendarmeriepostens vom 06 08 1996,

welche allerdings dem erstinstanzlichen Strafverfahren aus welchen

Gründen immer nicht zugrundegelegt wurden). Beide Personen gaben

auch
übereinstimmend an, daß S die Mischmaschine bedient und H
die Wände verputzt habe. Folgt man der oben dargestellten Ausführung
des Berufungswerbers, wie seine Tätigkeit zustande gekommen ist, und
folgt man den Angaben der Frau L (siehe ihre Einvernahme vom 13
10
1997 in dem gegen sie zur Zahl 300- -1997 anhängigen
Verwaltungsstrafverfahren) so ist daraus kein Anhaltspunkt für einen
Auftrag der Frau L an Herrn H betreffend ein bestimmtes Werk
zu
erkennen. Ein Auftragsverhältnis mag allenfalls zwischen H und
S bestanden haben. S war jedoch - entgegen der
erstinstanzlichen Annahme - nicht Erfüllungsgehilfe von H . Daß
S im Auftrag der Hauseigentümerin L tätig wurde, als er H
ersuchte, ihm bei Verputzarbeiten behilflich zu sein, ist in keiner
Weise indiziert. Der Umstand, daß Frau L Hauseigentümerin ist,
berechtigt für sich alleine nicht die Annahme, daß sie
Auftraggeberin
von H war. Sie selbst gab im Berufungsverfahren anläßlich ihrer
niederschriftlichen Einvernahme am 27 01 1998 durch die belangte
Behörde im Auftrag des UVS an, daß die Arbeiten von ihr und Herrn
S durchgeführt worden seien. Herr S sei zwar kein gelernter
Maurer, mit der Hilfe von Herrn H hätten sie die Arbeiten jedoch
schneller beenden können. Herr S habe die Baumaterialien
eingekauft, der Sand sei bereits seit Jahren vorhanden gewesen. Den
Türstock habe Herr S selbst errichtet. Die Arbeitswerkzeuge habe
sie beigestellt. Sie selbst habe auch mitgeholfen. Nun schließt zwar
ihre Mithilfe nicht aus, daß eine selbständige Tätigkeit des
Berufungswerbers vorliegt. Offenbar hat er aber nur sein allfälliges
know how (obwohl er ungelernt ist) und seine Arbeitskraft zur
Verfügung gestellt, wenn man seiner Darstellung am 13 10 1997 folgt,
die jedoch im Widerspruch zu den früheren Angaben vor der
Gendarmerie
steht. Daß er für den Erfolg eines bestimmten Werks gehaftet oder in
irgendeiner Weise einen kaufmännischen Risikoanteil gehabt hätte,
ist
daraus jedoch nicht erkennbar.

Selbständigkeit ist als gegeben anzusehen, wenn die Tätigkeit auf reiner Provisionsbasis erfolgt und damit das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt und eine völlig freie Tätigkeits- und Zeiteinteilung besteht. Die oben beschriebenen Umstände des Zustandekommens der Tätigkeit und die Art und Weise ihrer Ausführung lassen vorgenannte Merkmale nicht als vorliegend erscheinen. Die Entgeltlichkeit wird vom Berufungswerber und von Frau L bestritten. Es gibt keinen Beweis, daß Frau L oder Herr S Geld oder Geldeswert an den Berufungswerber übergeben hätten. Auch ein sonstiger Hinweis auf einen wirtschaftlichen Vorteil des Berufungswerbers fehlt. Der Berufungswerber mußte deshalb nicht seine

mangelnde Gewinnerzielungsabsicht darlegen, wozu er nur dann verpflichtet gewesen wäre, wenn Entgeltlichkeit vorläge, die den äußeren Anschein der Gewinnerzielungsabsicht indiziert.

Entgeltlichkeit darf aber nicht (allein aufgrund der Lebenserfahrung)

vermutet werden, sie muß bewiesen werden. Liegen objektive Anhaltspunkte vor, was nach einem Beweisverfahren zu beurteilen ist, so kann allenfalls unter Zuhilfenahme der allgemeinen Lebenserfahrung

auf die Verwirklichung des Tatbestandselementes der Gewinnerzielungsabsicht geschlossen werden. Ein konkretes Bauvorhaben

mit entsprechender Größe und damit verbundenem Zeitaufwand rechtfertigt zum Beispiel vorigen Schluß dann, wenn zwischen dem Bauherrn und dem Baumeister kein spezifisches Verhältnis besteht, das

eine unentgeltliche Leistung des Werks erklärt.

Es kann auch dahingestellt bleiben, warum Zementmischen keine fachliche Tätigkeit, jedoch Verputzen sehr wohl eine solche darstellt. Wer welche Tätigkeit im Moment einer Gendarmerieüberprüfung durchführt, kann nicht für die Beurteilung ausschlaggebend sein, wer von den damit jeweils beschäftigten Personen der Fachmann ist oder Fachkenntnisse hat oder sogar der (selbständige) Bauführer quasi ist, wie die belangte Behörde offenbar

folgerte. Herr H gab im Berufungsverfahren am 19 12 1997 zu Protokoll, keinen Beruf erlernt zu haben. Wo immer Arbeit angefallen

sei, habe er gearbeitet. Anläßlich seines Besuches bei Frau L und Herrn S sei ihnen der Gedanke gekommen, miteinander etwas zu

arbeiten, wenn er schon da wäre. H widerspricht zwar damit seiner

eigenen Aussage vor der Gendarmerie und hält es auch der Verwaltungssenat nicht für glaubwürdig, daß alle Beteiligten sozusagen anläßlich eines zufälligen Zusammensitzens begonnen haben, miteinander zu arbeiten und das Haus zu renovieren, doch bedeutet dies nicht, daß der im Zeitpunkt der Tätigkeit arbeitslose Berufungswerber als selbständiger (unbefugter) Unternehmer im Anlaßfall tätig geworden ist. Daß die Entgeltlichkeit nicht zwangsläufig die Selbständigkeit nach sich zieht, wurde bereits oben dargelegt.

Ob der Umfang der Arbeiten ein bestimmtes Ausmaß angenommen hat, sodaß auf Entgeltlichkeit und Regelmäßigkeit zu schließen ist, kann dahingestellt bleiben, weil dies von der belangten Behörde nicht konkretisiert wurde. Im Berufungsverfahren gab Frau L an, daß ein Vorraum verputzt und ein Türstock eingesetzt worden sei. Ungeachtet der nicht bekannten Größe dieses Vorraumes ist nicht davon auszugehen, daß diese Arbeiten längere Zeit in Anspruch genommen hätten als den einzigen vorgeworfenen Tag der Tat, an dem die Gendarmeriekontrolle stattgefunden hat. Daß vorher schon Arbeiten vom

Berufungswerber durchgeführt wurden, ist nicht aktenkundig, hat die belangte Behörde nicht erheben können und wurde dies auch von der Gendarmerie nicht festgestellt. Daß der Gendarmeriebeamte nach dem Baufortschritt beurteilt hat, daß die Tätigkeiten bereits längere Zeit gedauert hätten, begründet nicht die Regelmäßigkeit, weil der vorerwähnte Baufortschritt nicht spezifiziert wurde. Daß Herr H anläßlich der Amtshandlung geschimpft hätte, daß er

nur einige Male im Burgenland arbeiten und bereits angezeigt würde, was vom vorgenannten Gendarmeriebeamten behauptet wurde und vom Berufungswerber unwidersprochen blieb, beweist weder, wo Herr H gearbeitet hat, daß er dies gewerbsmäßig getan hat und wie lang diese

Arbeiten gedauert haben. Daß es sich bei dem Haus um ein ziemlich heruntergekommenes handelt, wie der Gendarmeriebeamte aussagte, sodaß

möglicherweise ziemlicher Renovierungsbedarf vorhanden war, was sich auch mit den Angaben von S deckt, begründet nicht die Annahme, daß

die konkreten Verputzarbeiten und der Einbau des Türstocks längere Zeit (mehr als einige Stunden an einem Tag) in Anspruch genommen hätten. Zufolge der Aussage des Herrn S am 15 12 1997 hat letzteres ca 2 Stunden gedauert. Der Gendarmeriebeamte hat als Zeuge angegeben, daß er das Haus nicht betreten hat und nur gesehen hat, daß mit der Einmauerung des Türstocks begonnen und Verputzarbeiten im

Vorraum des Hauses durchgeführt wurden. Warum er der Auffassung war,

daß sich die Angaben des Herrn H hinsichtlich seiner mehrmaligen

Arbeiten im Burgenland auf das Haus von Frau L bezogen hätten,

verschweigt dieser Gendarmeriebeamte. In dieser Aussage wird auch der

von ihm in der Ersteinvernahme verwendete Begriff Baufortschritt dargelegt, wonach das Haus in einem derart heruntergekommenen Zustand

gewesen sei, daß ohne Renovierungsarbeiten im Inneren ein Bewohnen unmöglich gewesen sei. (Das Haus wurde jedoch offenbar bewohnt.)

Zusammenfassend vermag daher der Verwaltungssenat der Beweiswürdigung

der belangten Behörde, wonach der Berufungswerber die ihm vorgeworfene Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt habe, nicht zu folgen.

Für die Selbständigkeit spricht kein Anhaltspunkt. Für die

Entgeltlichkeit (und im gegebenen Zusammenhang auch

Gewinnerzielungsabsicht weil der Berufungswerber keine Unkosten

hatte) spricht allein der Umstand, daß zur vermuteten Auftraggeberin

L und zum Freund S kein spezifisches Naheverhältnis (S und

H waren nur Arbeitskollegen, H war vor der Tat nur einmal bei

L , wie diese mit S übereinstimmend angab) bestand, das auf

einen unentgeltlichen Freundschaftsdienst schließen läßt, der

jedoch im Hinblick auf den Umfang der Arbeiten auch nicht

ausgeschlossen ist. Jedoch rechtfertigt selbst die unterstellte

Bezahlung für seine Arbeit nicht die Annahme, daß ihm diese

Tätigkeit

frei zur Gestaltung überlassen wurde. Er hat sich auch seinen

Gehilfen S , wie von der Bezirkshauptmannschaft unterstellt, nicht

mitgebracht, sondern umgekehrt, S hat seinen Arbeitskollegen von

Wien nach aufgefordert zu kommen, um ihm (S) bei

Verputzarbeiten, die offenbar der Frau L zugutekommen sollten, zu

helfen. Insoweit folgt der Senat den Angaben von S und H vor

der Gendarmerie, weil diese nicht unter dem Eindruck des Vorwurfs der Pfuscherei aber unmittelbar nach der (unter dem Aspekt des Diebstahls von Maurerböcken verfolgten) Tat erfolgt sind, weshalb sie glaubwürdiger sind als die späteren Angaben H , die offenbar von der legitimen Absicht getragen sind, ihn im Gewerbestrafverfahren zu entlasten, indem eine Zufälligkeit der Arbeit und ein enges Freundschaftsverhältnis dargestellt wird, um dem Verdacht der Entgeltlichkeit zu begegnen. Das Baumaterial wurde von L und S beigestellt und haben beide an den Arbeiten mitgeholfen. Diese Sachlage läßt insgesamt nicht auf ein Auftragsverhältnis zwischen L und H schließen, bei dem der Auftragnehmer H ein Unternehmerrisiko getragen und bei dem er sich des Herrn S als Erfüllungsgehilfen bedient hätte. Nach dem im Anlaßfall hervorgekommenen wirtschaftlichen Gegebenheiten ist kein durchschlagender Hinweis hervorgekommen, daß Herr H auf eigene Rechnung und Gefahr tätig geworden wäre.

Es gibt im Wirtschaftsleben Mischformen rechtlicher Idealtypen, welche die Beurteilung einer Tätigkeit als selbständig oder unselbständig erschweren. Im Anlaßfall ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß es sich um ein kurzzeitiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt hat. Daß der Berufungswerber zum Zeitpunkt seiner wohl fremdbestimmten Tätigkeit im Hause L arbeitslos war, steht letztgenannter Beurteilung nicht entgegen, vielmehr läßt dieser Umstand eine von ihm ergriffene Chance zum Zusatzverdienst zur Arbeitslosenunterstützung als Grund für sein Tätigwerden real erscheinen. Diese dürfte er aufgrund seiner persönlichen Situation und mangelnden einschlägigen Ausbildung eher als Arbeitnehmer(ähnlicher) denn als selbständiger Unternehmer ergriffen haben, wenn man berücksichtigt, daß die Baumaterialien und das Werkzeug nicht von ihm stammen und überhaupt nicht erkennbar ist,

wie er hier ein Verlustrisiko getragen oder wem er für den Erfolg gehaftet hätte. Daß seine Hilfe eine fachkundige war, schließt die Arbeitnehmerqualifikation nicht aus und begründet jedenfalls nicht allein die Annahme, er habe (als unbefugter Baumeister) ein Werk geschuldet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at