

# TE UVS Steiermark 1997/06/09 30.4-58/97

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.06.1997

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hat durch das Senatsmitglied Dr. Klaus Stühlinger über die Berufung des Herrn Albin B, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Peter B und Dr. Anton C, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Graz-Umgebung vom 10.04.1997, GZ.: 15.1 - 1996/9844, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG wird die Berufung als unzulässig zurückgewiesen.

## Text

Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hat durch das Senatsmitglied Dr. Klaus Stühlinger über die Berufung des Herrn Albin B, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Peter B und Dr. Anton C, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Graz-Umgebung vom 11.12.1996, GZ.: 15.1 1996/9844, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG wird die Berufung hinsichtlich Spruchpunkt 1.) mit der Maßgabe abgewiesen, daß auf Rechtsgrundlage des § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von S 7.000,-, im Uneinbringlichkeitsfall 2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt und die zweite Zeile des Spruches wie folgt ergänzt wird: ". das Gewerbe Sandstrahlen durch Anbieten mittels Ankündigungstafel ....."

Dadurch reduziert sich der gemäß § 64 Abs 1 VStG zu leistende Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren 1. Instanz auf S 700,-, dieser Betrag ist binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides bei sonstigen Zwangsfolgen zu leisten.

Hinsichtlich Spruchpunkt 2.) wird gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

## Begründung

Auf Grund des von der gemäß § 51 Abs 1 VStG sachlich und örtlich zuständigen Berufungsbehörde durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere auf Grundlage der in Abwesenheit des Berufungswerbers, jedoch in Anwesenheit eines bevollmächtigten Vertreters sowie eines Vertreters der belangten Behörde am 09.06.1997 vorgenommenen, öffentlichen, mündlichen Verhandlung ergeben sich folgende Feststellungen:

Mit dem in Spruch II. näher bezeichneten Straferkenntnis vom 11.12.1996 waren über Herrn Albin B wegen Übertretung der Bestimmung von 1.) § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 bzw. 2.) § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994, Geldstrafen von jeweils S 10.000,-, im Uneinbringlichkeitsfall jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 5 Tagen, verhängt worden, da er 1.) seit 14.05.1996 zumindest bis zum 29.11.1996 auf dem Standort Feldkirchen, T-straße 150-152, das Gewerbe "Sandstrahlen" selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt hätte, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ohne dafür eine Gewerbeberechtigung zu besitzen bzw. 2.) seit 14.05.1996 zumindest bis zum

29.11.1996 am genannten Standort eine gemäß § 74 Abs 1 und 2 GewO 1994 genehmigungspflichtige, jedoch nicht genehmigte Betriebsanlage für das Sandstrahlen betrieben hätte, wobei die Genehmigungspflicht durch Staubbelastung und Staubbildung, Lärm und Verletzungsmöglichkeit des Bedienungspersonals gegeben wäre. Dieser Bescheid wird im wesentlichen damit begründet, die Ausübung des unbefugten Sandstrahlgewerbes mittels Ankündigungstafel sei einer Gewerbeausübung gleichzusetzen, im übrigen wären die Verwaltungsübertretungen durch das durchgeführte Ermittlungsverfahren (Gendarmeriebericht und Fotos) erwiesen. Dieses Straferkenntnis wurde nach einem ersten Zustellversuch am 17.12.1996 und einem zweiten Zustellversuch am 18.12.1996 an diesem Tag beim Postamt 8052 Graz hinterlegt, Herr Albin B hat es am 07.01.1997 behoben und mit am 21.01.1997 eingelangtem Schriftsatz vom 20.01.1997 durch seine ausgewiesenen Vertreter einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und gleichzeitig das Rechtsmittel der Berufung gegen dieses Straferkenntnis mit der Begründung eingebracht, er hätte sich im Zeitraum vom 16.12.1996 bis einschließlich 03.01.1997 in Wiener Neustadt auf Familienurlaub befunden und das hinterlegte Straferkenntnis am nächsten Werktag, dem 07.01.1997, abgeholt, sodaß durch die Hinterlegung am 18.12.1996 wegen Ablaufes der Berufungsfrist ein Wiedereinsetzungsantrag erforderlich wäre. In der Sache selbst begründet er die Berufung gegen das Straferkenntnis vom 11.12.1996 damit, daß der ihm jeweils zur Last gelegte Sachverhalt bestritten wird, da keinerlei gewerbliche Tätigkeiten ausgeübt und auch eine gewerbliche Betriebsanlage nicht betrieben worden wäre.

Mit dem in Spruch I.) angeführten Bescheid vom 10.04.1997 wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs 1 Z 1 AVG als unbegründet abgewiesen, dieser Bescheid wird im wesentlichen damit begründet, trotz entsprechender Aufforderungen hätte der Antragsteller bzw. Beschuldigte keinen Nachweis über die Ortsabwesenheit bis 03.01.1997 vorgelegt, weshalb von einer rechtmäßigen, die Wirkung der Zustellung entfaltenden Hinterlegung am 18.12.1996 auszugehen wäre.

Am 08.04.1997 ist bei der Bezirkshauptmannschaft Graz-Umgebung ein Schreiben der bevollmächtigten Vertreter des Herrn Albin B eingelangt, dem Urkunden angeschlossen sind, aus denen sich zweifelsfrei ergibt, daß Albin B gemeinsam mit seiner Gattin vom 16.12.1996 bis 03.01.1997 sich an der Adresse Bahnstraße 137, 2604 Theresienfeld, aufgehalten hat.

Gegen den Bescheid vom 10.04.1997 hat Albin B fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und darin in Wiederholung seines bisherigen Vorbringens und des Ereignisablaufes in zeitlicher Folge ausgeführt, aus seiner Sicht würden die bereits vorgebrachten Wiedereinsetzungsgründe vorliegen, weshalb der bereits gestellte Wiedereinsetzungsantrag wiederholt würde. Da, wie noch auszuführen sein wird, die Berufungsbehörde von einer rechtzeitig eingebrachten Berufung auszugehen hatte, wurde sodann mit Ladungsbescheiden vom 13.05.1997 die zur Klärung des Sachverhaltes erforderliche öffentliche, mündliche Berufungsverhandlung angeordnet, der an den Berufungswerber gerichtete Ladungsbescheid enthielt den Hinweis, daß die Verhandlung auch in seiner Abwesenheit durchgeführt werden könnte, wobei in diesem Fall, sollte ein Schuldspruch erfolgen, von einem monatlichen Nettoeinkommen von S 18.000,-- ausgegangen würde.

Die Berufungsverhandlung wurde am 09.06.1997 im Beisein eines ausgewiesenen Vertreters des Berufungswerbers sowie eines Vertreters der belangten Behörde durchgeführt, nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage und der Feststellung des Verhandlungsleiters, daß die eingebrachte Berufung als fristgerecht erstattet anzusehen ist, bestätigte der Vertreter des Berufungswerbers nach Verlesung der Anzeige vom 28.06. bzw. 20.11.1996, die darin enthaltenen Fotos würden sich auf das Unternehmen des Berufungswerbers beziehen; aus diesen Fotos ist klar erkennbar, daß an der B 67, von Norden wie von Süden sichtbar, zum Zeitpunkt der Gendarmerieerhebung (20.11.1996) ein Schild folgenden Inhaltes angebracht gewesen war: "Sandstrahlerei B, Tel. 0663-9233687", unterhalb dieser Aufschrift befindet sich ein roter Pfeil, welcher in die Richtung des Unternehmens weist. Hinsichtlich des Vorwurfes in Spruchpunkt 2.), eine genehmigungspflichtige, nicht genehmigte gewerbliche Betriebsanlage betrieben zu haben, bestritt der Vertreter des Berufungswerbers, daß dieser jemals (gewerblich) Sandstrahlarbeiten durchgeführt hätte. Es sei zwar richtig, daß der Berufungswerber als Schausteller seine eigenen Geräte (Karussell, Autodrom etc.) selbst repariert, gewartet und zu diesem Zweck auch Sandstrahlarbeiten durchgeführt hätte, er hätte jedoch niemals für Auftraggeber solche Sandstrahlarbeiten durchgeführt. Auch der Vertreter der belangten Behörde bestätigte, zusätzlich zum Akteninhalt über keinerlei Informationen dahingehend zu verfügen, daß der nunmehrige Berufungswerber eventuell für andere Schausteller entgeltlich Sandstrahlarbeiten durchgeführt hätte. Die Berufungsbehörde ist bei ihrer Entscheidung von folgenden Überlegungen ausgegangen:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG hat die Berufungsbehörde, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Gemäß § 51 Abs 1 VStG steht im Verwaltungsstrafverfahren den Parteien das Recht der Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat jenes Landes zu, in dem die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, ihren Sitz hat; somit ergibt sich die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark für die Erlassung der gegenständlichen Entscheidung. Zur Frage der rechtzeitigen bzw. rechtswirksamen Zustellung des Straferkenntnisses vom 11.12.1996 ist von folgender Rechtslage auszugehen:

Dem Empfänger zu eigenen Händen zuzustellende Sendungen - um eine solche handelte es sich beim erwähnten Straferkenntnis vom 11.12.1996 - dürfen gemäß § 21 Abs 1 Zustellgesetz nicht an einen Ersatzempfänger zugestellt werden; kann die Sendung beim ersten Zustellversuch nicht zugestellt werden, so ist gemäß § 21 Abs 2 leg.cit. der Empfänger schriftlich unter Hinweis auf die sonstige Hinterlegung zu ersuchen, zu einer gleichzeitig zu bestimmenden Zeit an der Abgabestelle zur Annahme des Schriftstückes anwesend zu sein. Ist in weiterer Folge ein zweiter Zustellversuch erfolglos, ist nach § 17 leg. cit. zu hinterlegen und der Empfänger schriftlich zu verständigen. Die hinterlegte Sendung ist gemäß § 17 Abs 3 leg. cit. mindestens 2 Wochen zur Abholung bereitzuhalten, wobei der Lauf dieser Frist mit jenem Tag beginnt, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Hinterlegte Sendungen gelten mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt. Sie gelten jedoch nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, daß der Empfänger oder dessen Vertreter wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte, doch wird die Zustellung an dem der Rückkehr an die Abgabestelle folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem die hinterlegte Sendung behoben werden könnte. Unterlaufen bei der Zustellung Mängel, gilt diese gemäß § 7 Zustellgesetz als in dem Zeitpunkt vollzogen, in dem das Schriftstück der Person, für die es bestimmt ist (Empfänger), tatsächlich zugekommen ist.

Wie der nunmehrige Berufungswerber bereits im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens, ohne daß dies berücksichtigt hätte werden können, nachgewiesen hat, hat er seine Abgabestelle in der Zeit von 16.12.1996 bis 03.01.1997 nicht benutzt. Zum Zeitpunkt des Ersuchens im Sinne des § 21 Abs 2 Zustellgesetz war er somit nicht anwesend, eine rechtswirksame Zustellung durch Hinterlegung konnte somit in weiterer Folge nicht vorgenommen werden (vgl. VwGH 20.03.1996, 96/03/0006).

Dieser Zustellmangel ist jedoch im Sinne der dargestellten Rechtslage dadurch geheilt, daß der nunmehrige Berufungswerber nach seiner Rückkehr an die Abgabestelle am 03.01.1997 das Schriftstück am 07.01.1997 behoben hat, sodaß sich die am 20.01.1997 (gemeinsam mit dem Wiedereinsetzungsantrag) zur Post gebrachte Berufung als innerhalb der Rechtsmittelfrist eingebracht erweist, ein Wiedereinsetzungsgrund nicht vorhanden sein kann und daher der Wiedereinsetzungsantrag, wie in Spruch I.) erfolgt ist, als unzulässig zurückzuweisen war.

Hinsichtlich der Berufung gegen das Straferkenntnis vom 11.12.1996 ist von folgender Rechtslage auszugehen:

Gemäß § 51e Abs 1 VStG ist, wenn die Berufung nicht zurückzuweisen oder nicht bereits aus der Aktenlage ersichtlich ist, daß der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, eine öffentliche, mündliche Verhandlung anzuberaumen, zu welcher die Parteien und eventuell Sachverständige und Zeugen zu laden sind. Wenn eine Verhandlung durchgeführt wurde bzw. durchzuführen ist, ist gemäß § 51i VStG bei der Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist. Auf Aktenstücke ist nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als sie bei der Verhandlung verlesen wurden, es sei denn, der Beschuldigte hätte darauf verzichtet (Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens); weiters ist Zweck dieser öffentlichen, mündlichen Verhandlung als Teil des gemäß § 37 AVG durchzuführenden Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben (Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung).

Gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen. Gemäß § 45 Abs 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Weiters sind gemäß § 25 Abs 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden.

Der im § 45 Abs 2 AVG genannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Zusammenhalt mit den bereits erwähnten Grundsätzen der Unmittelbarkeit des Verfahrens und der materiellen Wahrheitsforschung zu sehen. Voraussetzung für eine gesetzmäßige Beweiswürdigung ist ein ausreichend durchgeführtes Ermittlungsverfahren, in welchem die Parteien ihre Rechte geltend machen können. Diese Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde, den Sachverhalt von sich aus festzustellen, begründet als Folgewirkung die Tatsache, daß ein verwaltungsstrafrechtlicher Schuldspruch nur dann erfolgen kann, wenn der in Frage stehende Sachverhalt als absolut sicher festzustellen ist. Voraussetzung dafür wiederum ist eine entsprechende Beweissicherung bzw. die Möglichkeit, eine solche durchzuführen.

Gemäß § 366 Abs 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer

1.) ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben bzw.

2.) eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Wie das Berufungsverfahren ergeben hat, hat der Berufungswerber, wie auch bereits im erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahren, nicht bestritten, Sandstrahlarbeiten an eigenen Geräten durchgeführt zu haben; ein Nachweis dahingehend, er hätte dies in gewerbsmäßiger Weise durchgeführt, läßt sich aus dem durchführbar gewesenem Ermittlungsverfahren nicht ableiten. Es war daher das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich Spruchpunkt 2.) des Straferkenntnisses vom 11.12.1996 wegen Nichterweisbarkeit einzustellen.

Hinsichtlich Spruchpunkt 1.) ist in Ergänzung zu den bisherigen Ausführungen festzustellen, daß gemäß § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994 das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten ist. Demjenigen, der um Kunden wirbt, kommt somit bereits in diesem Zeitpunkt der Status eines Gewerbetreibenden zu, der Tatbestand der unbefugten Gewerbeausübung durch Anbieten einer den Gegenstand des Gewerbes bildenden Tätigkeit wird bereits durch das Anbieten vollendet, auch relativ kleine Schilder, die mit jeweiligen Hinweisen angebracht sind, sind nach der allgemeinen Erfahrung geeignet bzw. dienen dazu, den darauf aufscheinenden Wortlaut einem nicht eingeschränkten Kreis von Personen bekanntzumachen (VwGH 10.06.1992, 92/04/0044 bzw. 28.06.1972, 1003/71). Die dem nunmehrigen Berufungswerber im Straferkenntnis vom 11.12.1996 unter Spruchpunkt 1.) zur Last gelegte Verwaltungsübertretung erweist sich somit in objektiver und subjektiver Hinsicht als festgestellt; hinsichtlich der Strafbemessung ist noch auszuführen:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das gewerberechtliche Verwaltungsstrafverfahren ist vom Grundsatz getragen, nur Gewerbeinhaber dürften gewerbliche Tätigkeiten ausüben bzw. jeder, der gewerbliche Tätigkeiten betreibt, müsse sich zeitgerecht über die das Gewerbe regelnden Vorschriften informieren (vgl. VwGH 28.4.1992, 91/04/0323).

Da der Berufungswerber im Zuge des Berufungsverfahrens keine Angaben über seine Einkommens-, Vermögens- und Familiensituation gemacht hat, war im Falle des Schuldspruches von jener Situation auszugehen, mit welcher er diesbezüglich im Ladungsbescheid eingeschätzt worden ist (VwGH 21.10.1992, 92/02/0145). Unter Berücksichtigung des von der Erstinstanz nicht beachteten Milderungsgrundes der absoluten Unbescholtenheit (VwGH 21.09.1995, 94/09/0395) erweist sich somit nach Ansicht der Berufungsbehörde unter Berücksichtigung der möglichen Höchststrafe auch die nunmehr wegen Übertretung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 festgesetzte Verwaltungsstrafe als ausreichend, jedoch auch erforderlich, um in Zukunft die Begehung gleicher oder ähnlicher Verwaltungsübertretungen zu verhindern.

Dazu ist festzustellen, daß die Verhängung einer Geldstrafe sogar dann als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn der

Bestrafte über keinerlei Einkommen verfügte. Eine Geldstrafe wäre auch dann zu verhängen, wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bestraften es wahrscheinlich erscheinen ließen, er würde nicht in der Lage sein, sie zu bezahlen. Nur bei der Bemessung ihrer Höhe sind gemäß § 19 VStG neben den mildernden und erschwerenden Umständen auch die Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen (vgl. VwGH 24.2.1988, 87/03/0253). Aufgrund dieser Überlegungen erweist sich auch die von der Erstinstanz vorgenommene Strafbemessung als rechtsordnungskonform und war daher im Sinne der angeführten gesetzlichen Bestimmungen spruchgemäß zu entscheiden.

Die Spruchpräzisierung erfolgte in Vollziehung der Bestimmungen des § 66 Abs 4 AVG auf Grundlage der unbedenklichen Sachverhaltsannahmen der Behörde erster Instanz durch nähere Beschreibung bzw. Richtigstellung des Abspruches (VwGH 27.10.1993, 93/05/0172).

#### **Schlagworte**

Betriebsanlage gewerbliche Tätigkeit Eigenbedarf anbieten

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

© 2024 JUSLINE

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

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