

TE UVS Wien 1995/07/27 04/G/35/398/95

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.07.1995

Betreff

Die Gewerbeordnung stellt sowohl für das Anmeldungsverfahren als auch für das Anzeigeverfahren (soweit sich die Anzeige auf eine Tätigkeit bezieht) den Grundsatz auf, daß bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen das angemeldete Gewerbe bzw die angezeigte Tätigkeit spätestens ab dem Zeitpunkt der Anmeldung bzw der Anzeige ausgeübt werden dürfen.

Im Anwendungsbereich des § 9 Abs 1 GewO 1994 (ua Gewerbeausübung durch eine juristische Person oder Personengesellschaften des Handelsregisters) muß die Voraussetzung, einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt zu haben, im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung erfüllt sein (vgl VwGH 26.2.1991, 90/04/0272). Da zum Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung, am 19.5.1994, aufgrund des Umstandes daß die angezeigte Geschäftsführerbestellung der Frau R mangels ihrer Zustimmung nicht rechtswirksam war, die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart eines Restaurants durch die gegenständliche GmbH somit nicht erfüllt waren und diesem Erfordernis erst durch die am 15.2.1995 erfolgte Anzeige betreffend die Bestellung des Herrn B zum Geschäftsführer entsprochen wurde, durfte die gegenständliche GmbH das genannte Gastgewerbe erst ab diesem Zeitpunkt, nämlich ab dem 15.2.1995, ausüben.

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Mag Schwächter über die Berufung des Herrn Gordan V, vertreten durch Rechtsanwalt in Wien, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk, vom 9.5.1995, ZI MBA 1/8 - S 587/95, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG wird dem Berufungswerber ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind S 600--, auferlegt.

Text

Begründung:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung gemäß § 9 Abs 1 VStG 1991 nach außen Berufener der HandelsgmbH zu verantworten, daß diese Gesellschaft am 28.11.1994

in Wien, das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants, und zwar durch Verabreichung von Speisen und Getränken (zB Tiramisu S 50,-- und Bier S 35,--) ausgeübt habe, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Dadurch habe er

§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 verletzt, weswegen über ihn gemäß § 366 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von S 3.000,-- im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von S 300,-- auferlegt wurde.

Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung, in der der Berufungswerber im wesentlichen vorbringt, daß aus dem Akt, insbesondere dem Gewerbeakt, sich keineswegs ergebe, daß kein Geschäftsführer für die HandelsgmbH zum Tatzeitpunkt (28.11.1994) vorhanden gewesen sei. Bis zur Bestellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers Richard B sei noch Frau Margarete P als Geschäftsführerin bestellt gewesen. Wenn die Gewerbeberechtigung am 13.4.1994 entzogen worden sei, dann dürfe nicht außer Acht gelassen werden, daß der Berufungswerber sofort alle Schritte zur Wiedererlangung der Gewerbeberechtigung eingeleitet habe. So sei bereits am 27.4.1994 ein Nachsichtsansuchen bei der zuständigen Behörde, und zwar der Magistratsabteilung 63, eingebracht worden. Diesem Ansuchen sei mit Bescheid vom 17.5.1994 stattgegeben und die Nachsicht vom Ausschluß von der Ausübung des Gewerberechts in der Betriebsart eines Restaurants erteilt worden. Es sei auch sofort um die Erlangung der Gastgewerbeberechtigung angesucht worden. In diesem

Zusammenhang sei vor allen Dingen darauf zu verweisen, daß der Berufungswerber bereits seit vielen Jahren (1984) das Unternehmen betreibe und daher keineswegs davon gesprochen werden könne, daß die der Bestrafung zugrundeliegende Handlung in nicht unerheblichem Maße das Interesse an einer berechtigten Gewerbeausübung schädige, weshalb

der Unrechtsgehalt der Tat als nicht gering anzusehen sei. Wieso der Unrechtsgehalt nicht gerade gering sei, erscheine durch nichts erwiesen, sodaß eine entsprechende Begründung für die Bestrafung fehle. Der Berufungswerber mußte daher der Meinung sein, daß die formalen Voraussetzungen für die Gewerbeausübung am 28.11.1994 vorgelegen seien. Schon aus diesem Grunde sei daher die Strafbarkeit der ihm zur Last gelegten Tathandlung nicht gegeben. Aber selbst wenn

eine solche Begehung vorliegen würde, erscheine die über ihn verhängte Geldstrafe von S 3.000,-- zu hoch; es hätte vielmehr maximal eine Geldstrafe von S 500,-- verhängt werden dürfen. Da in der Berufung ausdrücklich nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung (nämlich das Vorliegen einer wirksamen Geschäftsführerbestellung zur Tatzeit) behauptet wird, konnte gemäß § 51e Abs 2 VStG von der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Den Gewerbeakte ist folgendes zu entnehmen:

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk, vom 21.1.1993, Zl MBA 1/8-G-K/12576/92 wurde der HandelsgmbH, Rechtsform: GmbH, Sitz:

Wien,

gemäß § 87 Abs 1 Z 1 GewO 1973 die Gewerbeberechtigung: Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants mit den Berechtigungen nach § 189 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1973, im Standort Wien, entzogen. Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung vom 16.4.1993, Zl MA 63 - S 68/93, wurde der dagegen erhobenen Berufung keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid gemäß § 66 Abs 4 AVG mit der Maßgabe bestätigt, daß die Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs 1 Z 1 GewO 1973 iVm § 13 Abs 3 und 4 GewO 1973 verfügt wird.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung sowie der gleichzeitig gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist wurden mit Bescheid des Bundesministers

für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 18.1.1994, GZ 316.364/5-III/5/93, als unzulässig zurückgewiesen, da nach Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1992 in einem Verfahren der gegenständlichen Art ein Instanzenzug an den Bundesminister nicht (mehr) vorgesehen sei.

Mit Verständigung vom 16.5.1994, Zl MBA 1/8-G/G/10517/94, teilte der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8.

Bezirk, dem Berufungswerber mit, daß die HandelsgmbH, Sitz: Wien, zur

Ausübung des Gewerbes: Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants mit den Berechtigungen nach § 189 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1973, im Standort Wien, berechtigt war und die Gewerbeberechtigung am 13.4.1994 geendet habe.

Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung vom 17.5.1994, ZI MA 63 - S 193/94, wurde dem Ansuchen der HandelsgmbH, in Wien, um Nachsicht vom Ausschluß von der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart eines Restaurants im Grunde des § 26 Abs 2 GewO 1973 idFd

Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl Nr 29/1993, Folge gegeben. Am 19.5.1994 brachte der Berufungswerber beim Magistratischen Bezirksamt für den 1./8. Bezirk eine Gewerbeanmeldung für das gebundene Gewerbe: "Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants mit den Berechtigungen nach § 148 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1973, im Standort Wien, ein und wurde die Ausübung dieses Gewerbes durch die Geschäftsführerin Frau Loretta R angezeigt. Mit Schreiben vom 22.8.1994 teilte Frau Loretta R mit, daß sie die mit 13.4.1994 erloschene Konzession für das im Betreff angeführte Unternehmen nicht

mehr erneuere. Laut Aktenvermerk vom 24.8.1994 bedeute dieses Schreiben laut Telefonat, daß Frau R für das neu angemeldete Gastgewerbe nicht als Geschäftsführerin zur Verfügung stehe bzw gestanden habe.

In der Niederschrift vom 15.2.1995 wurde - wie bereits am 13.10.1994 telefonisch und am 7.12.1994 anlässlich einer Vorsprache seitens des Berufungsvertreters angekündigt - festgehalten, daß die HandelsgmbH betreffend das Gastgewerbe die Bestellung der Frau Loretta R zurückzieht und Herrn Richard B bestellt. Betreffend das Handelsgewerbe wird das Ausscheiden der Geschäftsführerin Margarete P ab sofort angezeigt und Herr Richard B zum Geschäftsführer bestellt.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk, vom 4.5.1995, ZI MBA 1/8-G-G/3306/95, wurde festgestellt, daß die HandelsgmbH zur Ausübung des Gewerbes: Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants mit den Berechtigungen nach § 142 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1994, im Standort Wien, berechtigt sei und die am 15.2.1995 erstattete Anzeige betreffend die Ausübung des Gewerbes durch den Geschäftsführer Herrn Richard B gemäß § 345 Abs 8 Z 1 GewO 1994 zur Kenntnis genommen wird.

Rechtliche Beurteilung:

Die Gewerbeordnung stellt sowohl für das Anmeldungsverfahren als

auch

für das Anzeigeverfahren (soweit sich die Anzeige auf eine Tätigkeit bezieht) den Grundsatz auf, daß bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen das angemeldete Gewerbe bzw die angezeigte Tätigkeit spätestens ab dem Zeitpunkt der Anmeldung bzw der Anzeige ausgeübt werden dürfen.

§ 9 iVm § 39 GewO 1994 schreibt vor, daß dann, wenn eine juristische Person oder eine Personengesellschaft des Handelsrechtes ein Gewerbe ausüben will, eine natürliche Person als gewerberechtlicher Geschäftsführer zu bestellen ist, der der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist und

der den für die Ausübung des Gewerbes normierten persönlichen Voraussetzungen entspricht.

Im Anwendungsbereich des § 9 Abs 1 GewO 1994 muß die Voraussetzung, einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt zu haben, im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung erfüllt sein (vgl VwGH 26.2.1991, 90/04/0272).

Da zum Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung, am 19.5.1994, aufgrund des Umstandes, daß die angezeigte Geschäftsführerbestellung der Frau Loretta R mangels ihrer Zustimmung nicht rechtswirksam war, die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des genannten Gastgewerbes durch die HandelsgmbH nicht erfüllt waren und diesem Erfordernis erst

durch die am 15.2.1995 erfolgte Anzeige betreffend die Bestellung des

Herrn Richard B zum Geschäftsführer entsprochen wurde, durfte die HandelsgmbH das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants erst

ab diesem Zeitpunkt, nämlich ab dem 15.2.1995, ausüben. Wenn der Berufungswerber in seiner Berufung darauf hinweist, daß bis zur Bestellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers Richard B noch Frau Margarete P als Geschäftsführerin bestellt war, so ist dem entgegenzuhalten, daß die HandelsgmbH auch eine Gewerbeberechtigung für ein Handelsgewerbe inne hatte, und Frau Margarete P für dieses, nicht aber für das Gewerbe: Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants, bis zum 15.2.1995 als gewerberechtliche Geschäftsführerin angezeigt war.

Die HandelsgmbH war daher jedenfalls am 28.11.1994 nicht zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart eines Restaurants berechtigt. Gemäß§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafe bis S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Bei einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt (vgl VwGH 27.3.1990, 89/04/0226). In einem solchen Fall ist gemäß § 5 Abs 1 VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, daß der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismittel bzw die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat. Wenn der Berufungswerber in diesem Zusammenhang vorbringt, daß er sofort nach Entziehung der Gewerbeberechtigung alle Schritte zur Wiedererlangung der Gewerbeberechtigung eingeleitet und sofort um die

Erlangung der Gastgewerbeberechtigung angesucht habe und er auch der Meinung gewesen sei, daß die formalen Voraussetzungen für die Gewerbeausübung am 28.11.1994 vorgelegen seien, so ist dem Berufungswerber mit diesem Vorbringen eine Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht gelungen und ist Fahrlässigkeit als erwiesen anzusehen.

Insofern der Berufungswerber jedoch mit diesem Vorbringen einen Schuldausschließungsgrund im Sinne des§ 5 Abs 2 VStG geltend macht, ist festzuhalten, daß nach§ 5 Abs 2 VStG das Vorliegen eines Rechtsirrtums, bei welchem der Täter über die rechtliche Seite der Tat irrt und deshalb nicht das Unrecht seines Verhaltens erkennt, nur dann entschuldigt, wenn dieser erwiesenermaßen unverschuldet ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt selbst guter Glaube den angeführten Schuldausschließungsgrund dann nicht her, wenn es Sache der Partei ist, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifel bei der Behörde anzufragen (vgl VwGH 16.12.1986, 86/04/0133). Wer ein Gewerbe betreibt, hat sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden

Vorschriften zu unterrichten (vgl VwGH 28.4.1992,91/04/0323). Da der bei der Gewerbeanmeldung ohnehin auch anwaltlich vertretene Berufungswerber wußte oder doch aufgrund seiner Erkundigungspflicht wissen hätte müssen, daß mangels einer rechtswirksamen Geschäftsführerbestellung die gesetzlich normierten Voraussetzungen für die gegenständliche Gewerbeausübung weder im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung (19.5.1994) noch zur Tatzeit (28.11.1994) erfüllt waren und die Ausübung des gegenständlichen Gastgewerbes somit ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben erfolgte (so wurde etwa laut Aktenvermerk vom 13.10.1994 seitens des Berufungsvertreters telefonisch die Nachreichung von Unterlagen und die Bestellung eines neuen Geschäftsführers angekündigt und sei dieser nochmals darauf hingewiesen worden, daß kein Gewerberecht begründet worden sei), ist davon auszugehen, daß der Berufungswerber sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewußt war oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit bewußt sein hätte können und - sollte ein Rechtsirrtum tatsächlich vorgelegen sein - dieser jedenfalls nicht unverschuldet und daher unbeachtlich sei und den Berufungswerber nicht im Sinne des § 5 Abs 2 VStG zu entschuldigen vermag. Aufgrund der begleitenden Tatumstände ist vielmehr davon auszugehen, daß der Berufungswerber die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Wissentlichkeit begangen hat.

Zur Strafbemessung:

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 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.

Jede unbefugte Ausübung eines Gewerbes, das heißt jede Ausübung eines

solchen, ohne im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein, schädigt in nicht unerheblichem Maße das

öffentliche Interesse am Ausschluß nicht berechtigter Personen, dessen Durchsetzung die Strafdrohung dient. Deshalb war der Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung an sich selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen nicht als gering anzusehen. Daß die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschrift vom Berufungswerber eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder daß die Verwirklichung des hergestellten Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen.

Da dem Berufungswerber der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zugute kommt,

war kein Umstand als mildernd zu werten; Erschwerungsgründe sind nicht hervorgetreten.

Mangels Angaben des Berufungswerbers mußten die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse geschätzt werden. Aufgrund der beruflichen Stellung des Berufungswerbers (handelsrechtlicher Geschäftsführer einer in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen GmbH), war von ungünstigen Einkommensverhältnissen auszugehen. Sorgepflichten konnten mangels eines Hinweises nicht zugunsten des Berufungswerbers angenommen werden.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den bis S 50.000,-- reichenden gesetzlichen Strafrahmen erscheint die verhängte

Geldstrafe durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens

stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.

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

© 2026 JUSLINE

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