

RS UVS Oberösterreich 2004/11/24 VwSen-221970/30/KI/Pe

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.11.2004

Rechtssatz

Gemäß § 366 Abs.1 Z1 GewO 1994 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. Schalungs- und Betonierarbeiten sind dem Baumeistergewerbe gemäß § 94 Z5 GewO zuzuordnen.

Erdbauarbeiten wurden an der gegenständlichen Baustelle nicht durchgeführt. Der Beschuldigte verfügt lediglich über eine Gewerbeberechtigung für das Teilgewerbe Erdbau seit 4.12.2001. Eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe war für den Tatzeitraum für den Beschuldigten vor der Gewerbebehörde nicht eingetragen und gemeldet.

Die Schalungs- und Betonierarbeiten an der gegenständlichen Baustelle wurden von Arbeitnehmern des Beschuldigten als Einzelunternehmer ausgeführt. Auch wurden diese Arbeiten nach Erbringung vom Beschuldigten direkt mit dem Bauherrn in Teilrechnungen verrechnet und bezahlt. Es wurden zunächst, wie ausverhandelt wurde, Baumaterialien wie kleinere Mengen Beton ebenfalls vom Beschuldigten beigestellt und verrechnet. In weiterer Folge wurde dies jedoch nicht mehr praktiziert, sondern wurde das Baumaterial vom Bauherrn direkt besorgt. Auch den Baukoordinator stellte der Beschuldigte, nämlich einen Arbeitnehmer seines Unternehmens. Er war auch Vertragspartner des Bauherrn in der Weise, dass er sich um die gesamte Bauausführung kümmerte, also auch um die Bauführung im Sinne der Oö. Bauordnung. Auch dies wurde vom Bauherrn an den Beschuldigten beglichen. Dieser vermittelte dann erst einen Baumeister für die behördliche Bauführung und bezahlte diesen auch. Aufgrund dieses wesentlichen Sachverhaltes war eindeutig erwiesen, dass die durchgeführten Bauarbeiten vom Beschuldigten vertraglich verhandelt und geschuldet wurden und ihm auch bezahlt wurden. Er hatte als Vertragsgegenstand die Bauführung und die Bauausführung zugesagt und auch tatsächlich ausgeführt. Im Grunde dieses Sachverhaltes ist aber auch erwiesen, dass er eine dem Baumeistergewerbe zugehörige Tätigkeit in seinem Namen auf eigene Rechnung und Gefahr, als auch auf sein wirtschaftliches Risiko übernahm und diese Arbeiten auch gegen Entgelt bzw. in der Absicht einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen durchführte. Dies geht auch aus seinen eigenen Angaben hervor, dass Gewinne zwischen ihm und Baumeister A nach Anteil der Leistung aufgeteilt werden. Auch wurden die Arbeiten durch einen längeren Zeitraum hindurch durchgeführt und kann daher von Regelmäßigkeit bzw. Wiederholungsabsicht ausgegangen werden. Es sind daher auch die Voraussetzungen einer gewerblichen Tätigkeit gemäß § 1 Abs.2 GewO erfüllt. Wenn hingegen der Beschuldigte auf den von ihm vorgewiesenen ARGE-Vertrag mit Baumeister A hinweist, so kann dieser Vertrag die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens nicht ausschließen. Entgegen der Auffassung des Beschuldigten wurde der Vertrag nämlich nicht mit dem Bauherrn geschlossen, sondern nur unter den beiden ARGE-Partnern. Wesentlich ist aber von wem und wie die Leistung und unter welchen vertraglichen Voraussetzungen die Leistung erbracht wird. Entgegen der Meinung des Beschuldigten schuldete Baumeister A den Bauherren keine Leistung, sondern aufgrund des ARGE-Vertrages lediglich dem ARGE-Vertragspartner, nämlich dem Beschuldigten

selbst die Bauführerleistung. Dass die Bauausführung vom Baumeister geschuldet wird, wird selbst vom Beschuldigten nicht behauptet. Daran hindert auch nicht der Umstand, dass die Aluschalung - wie der Bauherr anführte - direkt vom Bauherrn an den Baumeister als "Fremdleistung" bezahlt wurde. Im Übrigen geht aber aus allen Zeugenaussagen hervor, dass die übrigen Arbeiten auf Namen und Rechnung des Beschuldigten durchgeführt wurden. Die Arbeiten wurden ja auch direkt dann zwischen Bauherrn und Beschuldigten verrechnet und letztlich bezahlt. Dies bedeutet, dass er in seinem Namen Arbeiten eines Baumeisters, nämlich zunächst auch die Bauführung, Betonierungsarbeiten und dgl. angeboten und ausgeführt hat, obwohl er nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügte. Dass er sich letztendlich vor der Baubehörde eines Baumeisters zur behördlichen Bauführung bediente, ändert aber an der Tatbestandsmäßigkeit insofern nichts, als er noch immer gegenüber den Bauherrn auch für die Bauführung verantwortlich auftrat und insbesondere aber auch darüber hinaus weiter die Betonierungsarbeiten leistete. Dem gegenüber steht auch die Aussage des Baumeisters, nämlich dass niemals seine Arbeitnehmer auf der Baustelle Hochbauarbeiten verrichteten und er sich um die Arbeiten auch nicht kümmerte. Auch war ihm klar, dass er sein Baumeistergewerbe bzw. seine Gewerbeberechtigung dem Beschuldigten zur Verfügung stellte. Es hat daher der Beschuldigte einwandfrei Hochbauarbeiten bzw. Baumeisterarbeiten ausgeführt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung hierfür erlangt zu haben. Er hat daher den objektiven Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Diese rechtliche Beurteilung kann auch das vom Beschuldigten vorgelegte Rundschreiben Nr. 093 vom 23.8.2004 nicht entkräften, zumal im Punkt 1 "Gewerbeberechtigungen von Bietergemeinschaften" angemerkt ist, dass "nunmehr der VfGH für eine trennbare Leistung eine gegenteilige Ansicht angenommen hat. Ist die Leistung allerdings homogen und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, dann werden aber weiterhin alle Mitglieder der Bietergemeinschaft (jeweils) über alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen verfügen müssen." Schon nach diesem Wortlaut ist erkennbar, dass auch im gegenständlichen Fall, wo von beiden ARGE-Partnern Leistungen des Baumeistergewerbes erbracht werden sollen, eine trennbare Leistung nicht angenommen werden kann, vielmehr ist die Leistung homogen. Insbesondere aber ist schon aus dem ARGE-Vertrag ersichtlich, dass der Hauptanteil der Leistung, nämlich die Bauausführung an sich, im Namen und auf Rechnung des Beschuldigten durchgeführt werden sollen. Es ist daher nach den angeführten Anmerkungen der WKÖ sehr wohl eine Gewerbeberechtigung erforderlich. Darüber hinaus ist aber generell dem Beschuldigten entgegenzuhalten, dass gegenüber den Bauherrn nicht eine Bietergemeinschaft aufgetreten ist - ein solches ist von der VfGH-Judikatur aber vorausgesetzt -, sondern es ist der Beschuldigte allein als Verhandlungspartner dem Bauherrn gegenübergestanden. Baumeister A hingegen spielte gegenüber dem Bauherrn keine Vertragspartnerrolle. Dies bedeutet, dass der Beschuldigte allein für die gesamten Bauleistungen dem Bauherrn gegenüber aufgetreten ist und auch sich allein verpflichtet hat.

Entsprechend den obigen Ausführungen ist auch erwiesen, dass der Beschuldigte die Tat gewerbsmäßig ausgeübt hat, was Teil des Tatbestandes ist. Dazu hat bereits die belangte Behörde einige Feststellungen in der Begründung des Straferkenntnisses ausgeführt. Das Straferkenntnis ist noch während der sechsmonatigen Verfolgungsverjährungsfrist ergangen. Es konnte daher das wesentliche Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit noch in den Spruch aufgenommen werden. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes genügt es zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht, dass eine Tätigkeit ausgeübt wird, die dem Tätigkeitsbereich eines Gewerbes vorbehalten ist, sondern es müssen zudem auch die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinn des § 1 Abs.2 GewO vorliegen. Es muss sich daher der Tatumschreibung eine ausreichende Bezugnahme auf die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinn des § 1 Abs.2 GewO entnehmen lassen, nämlich dass die vorgeworfene Tätigkeit auch eine selbständige, regelmäßige, entgeltliche, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit darstellt (vgl. Grabler-Stolzlechner-Wendl, Gewerbeordnung, Kommentar, Ersatzband, Seite 507 mit Judikaturnachweisen). Dieser Judikatur musste mit der Spruchkorrektur entsprochen werden.

Der Berufungswerber hat die Tat auch schuldhaft begangen, wobei gemäß § 5 Abs.1 VStG bei Ungehorsamsdelikten, zu welchen auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung zählt, Fahrlässigkeit ohne weiteres angenommen werden kann, sofern der Beschuldigte nicht nachweist, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Einen solchen Entlastungsnachweis hat der Beschuldigte nicht erbracht. Gerade als Gewerbetreibender - er ist ja im Besitz der Gewerbeberechtigung für Erdbauarbeiten - ist es ihm zuzumuten, dass er die entsprechenden Verwaltungsvorschriften über die Ausübung des Gewerbes kennt. Jedenfalls hat er sich aber vor Beginn der Ausübung eines Gewerbes über die entsprechenden Vorschriften Kenntnis zu verschaffen, so z.B. durch

Anfrage bei der zuständigen Behörde. Ein entsprechendes Vorbringen machte der Berufungswerber nicht. Auch konnte er sonst keine Gründe geltend machen und nachweisen, die sein Verhalten entschuldigen bzw. seine Schuld ausschließen. Auch der Vorweis des Rundschreibens der Wirtschaftskammer kann den Berufungswerber nicht entlasten, zumal auch dort eindeutig ersichtlich ist, dass mehrere Gewerbetreibende als Bietergemeinschaft einem Auftraggeber gegenübertreten und noch dazu in der Anmerkung darauf hingewiesen wird, dass die Leistung trennbar sein muss. Jedenfalls hätte auch hier der Berufungswerber - da es sich um eine Neuerung handelte - erkundigen müssen. Indem er dies nicht getan hat, hat er eine Sorgfaltsverletzung begangen. Es war daher - wie auch die belangte Behörde zugrunde legte - von fahrlässiger Begehung auszugehen.

Schlagworte

Betonierarbeiten, gewerbsmäßig, keine Gewerbeberechtigung, Bietergemeinschaft und ARGE-Vertrag entheben per se nicht von Pflicht zu einer Gewerbeberechtigung

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at