

# RS UVS Oberösterreich 1996/03/13 VwSen-221154/13/Ga/La

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.03.1996

## Rechtssatz

Gemäß § 1 Abs.2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit dann gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist. Nach Abs.3 liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

§ 366 Abs.1 Z1 GewO 1994 qualifiziert die berechtigungslose Ausübung eines Gewerbes, das nur auf Grund einer erforderlichen (und erlangten) Gewerbeberechtigung ausgeübt werden darf, als Verwaltungsübertretung, die gemäß § 366 Abs.1 Einleitung dieser Vorschrift mit Geldstrafe bis zu 50.000 S zu bestrafen ist. Gemäß § 5 Abs.1 GewO 1994 wird die Gewerbeberechtigung grundsätzlich durch Anmeldung des betreffenden Gewerbes erlangt. Zu diesen Gewerben, für die die Anmeldung rechtsbegründend als Antritts- und Ausübungsvoraussetzung vorgesehen und somit erforderlich ist, zählt jedenfalls gemäß § 5 Abs.2 Z2 iVm § 124 Z9 GewO 1994 das - im § 142 leg.cit. näher umschriebene - Gastgewerbe. Danach steht fest, daß das Gastgewerbe schon mit erfolgter Gewerbeanmeldung (§ 339 Abs.1 iVm § 340 Abs.4 GewO 1994) ausgeübt werden darf. Unter "Ausübung" eines Gewerbes versteht die GewO 1994 eine den Gegenstand des Gewerbes bildende Tätigkeit; hinsichtlich des Gastgewerbes sind dies die in § 142 Abs.1 in den Ziffern 1 bis 4 beschriebenen Tätigkeiten.

Vor dem Hintergrund dieser hier maßgeblichen Rechtslage hat die belangte Behörde die Tatbestandsmäßigkeit des dem Berufungswerber angelasteten Verhaltens zutreffend angenommen und diese Annahme auch nachvollziehbar begründet, sodaß zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Begründung verwiesen werden kann. Dem Tatvorwurf versucht nun der Berufungswerber mit dem Hinweis auf die von ihm gemeinsam mit einer zweiten Person gegründete GesBR zu entkommen. Darauf gestützt wendet er - auf den Punkt gebracht - ein, daß er nicht bestraft werden könne, weil er nur als "freier Mitarbeiter", und zwar als "Betriebsstätten-Geschäftsführer" arbeite und ausschließlich der zur Ausübung auch gewerblich berechtigte Mitgesellschafter das Gastgewerbe auf seine eigene Rechnung und Gefahr betreibe.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob mit dem vom Berufungswerber vorgelegten Gesellschaftsvertrag tatsächlich eine GesBR im Rechtssinne gegründet wurde. Bejahendenfalls ist dann die Frage zu beurteilen, ob der Berufungswerber mit der von ihm eingewendeten besonderen Konstruktion einer Beschäftigung als "Betriebsstätten-Geschäftsführer" sich der ihm - für die befugte Vornahme der spruchgemäß angelasteten Tätigkeit - sonst abzuverlangenden Gewerbeberechtigung entwinden kann. Zutreffend hat schon die belangte Behörde dem Straferkenntnis zugrundegelegt, daß die (in den §§ 1175ff ABGB geregelte) Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Recht als solche nicht gewerbeberechtigt ist, dh keine Gewerbeberechtigung - ein höchstpersönliches Recht; § 38 Abs.1 GewO 1994 - erwerben kann. Ist nun, wie hier, der Erwerb einer Gewerbeberechtigung jedoch formelle Voraussetzung für die Ausübung eines bestimmten Gewerbes, so kommt hiefür die GesBR selbst eben deswegen nicht in Frage (was auch

erklärt, daß die GesBR von der Aufzählung der Ausübungsberechtigten in § 9 Abs.1 GewO 1994 nicht erfaßt ist). Allein nur den (im Gegensatz zur GesBR rechtsfähigen) Mitgliedern sind die in dieser bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft besorgten Tätigkeiten gewerberechtlich zuzurechnen. Das aber hat die prinzipielle Kosequenz, daß in der GesBR sämtliche Mitglieder eine Gewerbeberechtigung benötigen (vgl. etwa: Pauger, Gewerberecht (1993), 72; die in Kobzina/Hrdlicka, Gewerbeordnung 1994, 3.A, auf Seite 98 zu Anm.1 zitierte VwGH-Judikatur).

Im einzelnen wird dieser iZm der Ausübung von Gewerben durch die GesBR beachtliche Rechtssatz in Literatur und Judikatur noch mit folgenden Besonderheiten begründet:

Die GesBR hat keine besonderen Organe; vielmehr ist sie auf der aktiven Mitarbeit sämtlicher Gesellschafter aufgebaut und in ihrer Existenz vom Mitgliederwechsel gerade nicht unabhängig (vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 10.A, I. (1995), 62). Auch besteht keine deutliche Trennung zwischen den Interessen der einzelnen Mitglieder und jenen der Personengemeinschaft, sodaß keine neue besondere Interesseneinheit gebildet wird. Dementsprechend geht auch § 1183 ABGB davon aus, daß nicht die Gesellschaft selbst, sondern die Mitglieder Eigentümer der Sachen sind (aaO).

IdS handelt es sich bei der GesBR um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft im engeren Sinn, bei dem sich zwei oder mehrere Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes zusammenschließen (aaO, 97).

All dies ist schon in der gesetzlichen Definition gemäß § 1175 ABGB wie folgt niedergelegt:

"Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet."

Der von den Gesellschaftern angestrebte Nutzen kann dabei diesen unmittelbar, aber auch mittelbar zukommen. Als wichtigster Anwendungsfall der GesBR wird ua der Betrieb eines Minderhandelsgewerbes, zB eine kleinere Gastwirtschaft, genannt. Kastner/Doralt/Nowotny in: Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. A (1990), gehen auf folgende Besonderheiten der GesBR näher ein:

Für die Entstehung einer GesBR bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften; Schriftlichkeit kann jedoch vereinbart werden (aaO, 60).

§ 1185 ABGB verpflichtet - mangels anderer vertraglicher Abmachung - alle Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Höhe ihrer Beteiligung zum gemeinschaftlichen Nutzen mitzuwirken; die Vereinigung der Mühe (siehe vorhin § 1175 ABGB) umfaßt auch die leitende Tätigkeit; rechtsgeschäftliche und tatsächliche Geschäftshandlungen bilden eine Einheit. Gerade bei den für die Anwendung der GesBR so wichtigen Kleinbetrieben stieße eine solche rechtliche Zerlegung der Arbeitsleistungen der Gesellschafter nämlich auf besondere Schwierigkeiten (aaO, 61/62). Was die Vertretung anbelangt, kann der gutgläubige Dritte (zB Lieferant) auf das Vorliegen einer Vollmacht vertrauen, dh daß sich im Zweifel Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht decken und diejenigen, die Geschäftsführungshandlungen vorzunehmen berechtigt sind, die Gesellschaft auch Dritten gegenüber verpflichten können (aaO, 66).

Die GesBR kann als Vereinigung zu gemeinsamer Arbeit ohne Vermögenseinlage der Gesellschafter errichtet werden. Es ist aber auch möglich, daß die Mitglieder nur Vermögen einlegen oder einzelne Mitglieder Vermögen und Mühe, andere nur Vermögen und wieder andere nur Arbeit zu erbringen haben. Die Einlagen können in Geld oder anderen vermögenswerten Leistungen bestehen, wie zB in körperlichen Sachen, insbesondere auch in Mietrechten oder in materiellen Güterrechten wie zB Betriebserfahrungen (Know-how). Es kann aber auch vereinbart werden, daß Arbeitsleistungen als Vermögenseinlage gewertet werden. Einlagen können auch bloß zum Gebrauch eingebracht werden oder derart, daß sie nur im Innenverhältnis wie Eigentum der Gesellschafter zu behandeln sind (aaO, 66/67).

Die Verteilung von Gewinn und Verlust kann im Gesellschaftsvertrag - nur beschränkt durch die guten Sitten - frei geregelt werden (§ 1195 ABGB). Es können also die persönlichen Verhältnisse angemessen berücksichtigt werden, zB kann einem Mitglied wegen seiner Eigenschaften oder Arbeitsleistungen ein größerer Gewinnanteil zugesichert werden. Es könnte aber auch der Gewinn nach Köpfen verteilt werden (aaO, 68).

Resümierend ergibt sich aus dieser Darstellung für den Berufungsfall, daß der vom Beschuldigten eingewendete, von ihm gemeinsam mit H.A.M. W. schon im Juli 1990 geschlossene und zur Tatzeit zwischen ihnen mit demselben Inhalt noch aufrecht gewesene Gesellschaftsvertrag in geradezu klassischer Weise die Merkmale einer solchen GesBR aufweist. So geht schon zufolge eindeutig Wortlauts aus Punkt 1. der vom Berufungswerber über Aufforderung des

unabhängigen Verwaltungssenates vorgelegten "Vertrags-Note" der Gesellschaftszweck, nämlich die "Führung des Gastgewerbebetriebes 'Gasthaus H-G', Th.-R.-Straße XX, O./I., unter diesem Standort" hervor. Das Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat hat nicht den geringsten Zweifel an diesem Gesellschaftszweck zutage gebracht.

Aber auch der sonstige Vertragsinhalt unterstützt dieses Ergebnis eindeutig.

Und schließlich hindert der Hinweis des Berufungswerbers auf seine alleinige Verfügungsgewalt an der Liegenschaft (als Mieter der Gastlokalräumlichkeiten) in Verbindung mit dem Vorbringen, daß er sich dort mit seiner eigenen Arbeitskraft einen Arbeitsplatz geschaffen habe, weder die Einordnung der gegenständlichen Gesellschaft als solche nach bürgerlichem Recht noch wird dadurch der vereinbarte Gesellschaftszweck widerlegt. Dasselbe gilt für die weitere, angesichts des eindeutig festgelegten Vertragszweckes nahezu mutwillige Behauptung des Berufungswerbers, wonach die GesBR sich "ausschließlich" auf die Eigentumsverhältnisse (Nutzungsrecht am Objekt) beziehe.

Aus all dem kann für den Berufungsfall keine andere Schlußfolgerung gezogen werden, als daß beide Mitglieder dieser zur Führung des oben bezeichneten Gastbetriebes gegründeten GesBR zur Ausübung des gebundenen Gastgewerbes in der erforderlichen Weise berechtigt sein müssen. Für die Tatzeit des Schuldspruchs hat der Berufungswerber erwiesenermaßen eine solche Berechtigung, obwohl Mitglied der GesBR, nicht gehabt, sodaß - zusammenfassend - der belangten Behörde in der Annahme der Täterschaft des Berufungswerbers und der Tatbestandsmäßigkeit des inkriminierten Verhaltens nicht entgegengetreten werden kann.

Die Übertretung ist dem Berufungswerber als schulhaft begangen auch zuzurechnen.

Zu Recht hat die belangte Behörde - zwar nicht ausdrücklich, so doch offensichtlich - ein sogen. Ungehorsamsdelikt als verwirklicht zugrunde gelegt. Bei gegebener Tatbestandsmäßigkeit hätte daher der Berufungswerber, weil Anhaltspunkte, die an seinem Verschulden zweifeln lassen, nicht vorliegen (vgl VfGH 20.6.1994, B 1908/93-10 uwZ), gemäß § 5 Abs.1 zweiter Satz VStG der gesetzlichen Schuldvermutung durch eigenes initiatives Tatsachenvorbringen entgegenzuwirken gehabt.

Ein solches Vorbringen kann jedoch in seiner Darstellung, daß er die inkriminierten Tätigkeiten als "befugter Vertreter (Betriebsstätten-Geschäftsführer)" des Lokalinhabers gesetzt habe und im übrigen dieser Lokalhaber ja zur Ausübung des Gastgewerbes gewerberechtlich berechtigt sei, nicht erkannt werden. Diese von ihm mit der Schlußfolgerung seiner Straf- und Schuldlosigkeit - beharrlich - vertretene, jedoch, wie aufgezeigt, gänzlich unzutreffende Rechtsmeinung vermag ihn aus dem Blickwinkel des § 5 Abs.1 zweiter Satz VStG schon deswegen nicht zu exkulpieren, weil ihm die Bedenklichkeit dieser seiner Verantwortung spätestens seit dem zu Zl. Ge96-1427-1992 von der belangten Behörde eingeleitet und mit Straferkenntnis vom 11. Februar 1993 abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren (betreffend einen in allen wesentlichen Elementen vergleichbaren Tatvorwurf hinsichtlich desselben Lokals, jedoch mit Tatzeitraum Juli 1992 bis Jänner 1993) bekannt und bewußt sein mußte. Dieses Verfahren ist dem unabhängigen Verwaltungssenat gleichfalls zur Berufungsentscheidung vorgelegt worden, mußte jedoch im Grunde einer unbestimmt gebliebenen Verfolgungshandlung eingestellt werden. Auch in diesem Verfahren verantwortete sich der Berufungswerber als Beschuldigter unter Hinweis auf die nämliche GesBR mit einem im Kern gleichlautenden Vorbringen wie in dem nun zur Entscheidung anstehenden Fall. Zu dieser Verteidigungslinie hat allerdings der unabhängige Verwaltungssenat in seinem Erkenntnis vom 19. April 1994, VwSen-220488/2/Ga/La, unmißverständlich zum Ausdruck gebracht (Punkt 5. der Entscheidungsgründe), daß - unbeschadet der Aufhebung und Einstellung - nicht der Verantwortung des Berufungswerbers, sondern der begründet dargelegten Rechtsmeinung der belangten Behörde zu folgen ist.

Soweit jedoch der Berufungswerber die Richtigkeit seiner Rechtsmeinung dadurch zu objektivieren sucht, daß er auf entsprechende Auskünfte "einerseits der Kammer der gewerblichen Wirtschaft, andererseits der Landesregierung für Oberösterreich" verweist und insofern, wenn zwar nicht ausdrücklich, so doch immerhin erschließbar, einen iSd § 5 Abs.2 VStG die Schuld ausschließenden Rechtsirrtum, genauer: Irrtum über die Rechtswidrigkeit, geltend macht, kann er auch damit den Schuldvorwurf nicht abwenden. Dies aus folgenden Gründen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zB VwGH 15.5.1990, 89/02/0206) kann die zB von einem Organ der - zuständigen - Behörde erteilte Auskunft für das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums von Bedeutung sein, wenngleich insbesondere von einem Gewerbetreibenden verlangt werden muß, daß er über die Rechtsvorschriften, die er in seinem Verkehrskreis zu beachten hat, ausreichend orientiert ist; er ist daher verpflichtet, sich über diese Vorschriften zu unterrichten (vgl VwGH 29.9.1993, 93/02/0126). Vor diesem Hintergrund ist auch eine

irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Beschuldigten allerdings nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, daß diese irrige Auslegung unverschuldet war und daß er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte.

Vorliegend kann jedoch von einer unverschuldet irrgigen Auslegung durch den Berufungswerber zufolge erteilter, jedoch unrichtiger Auskunft durch die Behörde oder eine sonstige Stelle nicht die Rede sein. Es war nämlich schon die - richtige - Auskunft durch die zuständige Behörde dadurch erteilt, daß ihm, wie vorhin ausgeführt, aus dem mit einem gleichgelagerten Tatvorwurf ihn selbst betreffenden Strafverfahren die Rechtsirrigkeit seiner Gesetzesauslegung unmißverständlich bedeutet worden war. Abwegig im Lichte des § 5 Abs.2 VStG und der hiezu ergangenen Judikatur wäre es daher, diese eindeutige Auskunft im Wege einer von vornherein somit obsolet gewesenen Anfrage an eine (in dieser Konstellation) unzuständige Behörde oder an die gesetzliche Interessenvertretung konterkarieren zu wollen.

Unbeschadet dieser Bewertung ist der Vollständigkeit wegen festzuhalten, daß die Erwähnung von Auskünften durch die Interessenvertretung bzw. die Landesregierung in der Berufungsschrift nur als völlig unspezifizierte Behauptung erhoben wurde. So ist weder angegeben, wann die Auskünfte erbeten bzw. wann und von welchem Organ erteilt worden sind, noch ist irgendein konkreter Wortlaut der Anfrage noch jener der erteilten Auskünfte dargetan. Der unabhängige Verwaltungssenat trug daher unter Fristsetzung mit Schreiben vom 23. November 1995 dem Berufungswerber unter ausdrücklichem Hinweis auf dessen Mitwirkungspflicht im Verwaltungsstrafverfahren auf, zur Bekräftigung seines Vorbringens (ua) die Anfragen an die Wirtschaftskammer Oö. und an die o.ö. Landesregierung sowie deren Antworten im Wortlaut vorzulegen. Mit dem Inhalt seines hiezu erstatteten Antwortschreibens vom 13. Dezember 1995 entsprach der Berufungswerber dieser Aufforderung nicht. Der unabhängige Verwaltungssenat legt daher für die rechtliche Beurteilung des Verschuldens in diesem Fall zugrunde, daß schriftlich formulierte solche Anfragen schon nicht gestellt, geschweige denn erteilt worden sind und weiters, daß bei einer allenfalls bloß mündlich/telefonisch vorgetragenen Auskunftsbitte der angefragten Stelle gegenüber sowohl der genaue Wortlaut des Gesellschaftsvertrages als auch der Umstand des vorerwähnten Strafverfahrens zu Zl. Ge96-1427-1992/Ju (samt der diesbezüglich vertretenen Rechtsauffassung) nicht offengelegt worden sind. Aus allen diesen Gründen ist im Berufungsfall auch die Schuldseite erfüllt, weil der Berufungswerber nicht nur objektiv sorgfaltswidrig, sondern im Grunde des ihm als Angehörigen des gastgewerblichen Verkehrskreises zuzumutenden, jedoch von ihm nicht wahrgenommenen Ausbildungs- und Verantwortungsstandards auch subjektiv sorgfaltswidrig - und damit persönlich zurechenbar - gehandelt hat.

Was das Ausmaß dieses Verschuldens anbelangt, nimmt der unabhängige Verwaltungssenat im Hinblick auf den erwiesenen Kenntnisstand des Berufungswerbers aus dem (schon mehrfach zitierten) früheren Verwaltungsstrafverfahren Vorsatz, und zwar bereits in der Ausprägung der Wissentlichkeit, an. Damit ist schuldseitig auch der hier vorliegende Deliktstypus des fortgesetzten Delikts abgedeckt. Für dieses Ergebnis ist die der Berufungsschrift beigefügte "Erklärung des Betreibers" ohne jede rechtliche Bedeutung; weder ist der Betreiber (gemeint: H.A.M. W.) Partei im Verwaltungsstrafverfahren noch enthält diese "Erklärung" irgendeinen Beitrag, der die Tat- und Rechtsfrage dieses Falles in einem anderen Licht erscheinen lassen könnte.

Auf sich beruhen kann weiters, daß der unabhängige Verwaltungssenat mit Schreiben vom 12. Jänner 1996 den Berufungswerber zwecks Einholung einer Auskunft beim zuständigen Finanzamt zur Frage, ob er für die inkriminierte Tätigkeit als Unternehmer zur Einkommensteuer veranlagt bzw. für ihn dementsprechend eine Steuernummer vergeben ist, um die Zustimmung zur Preisgabe des Abgabengeheimnisses in diesem Punkt ersuchte, der Berufungswerber jedoch - trotz eines ausdrücklichen Hinweises auf seine Mitwirkungspflicht im Verwaltungsstrafverfahren - die Zustimmung nicht erteilte.

Die Höhe der verhängten Geldstrafe und die bei der Strafbemessung maßgebend gewesenen Erwägungen der belangten Behörde blieben unbekämpft.

Dessen ungeachtet greift der unabhängige Verwaltungssenat von sich aus auf, daß die belangte Behörde mit der Formulierung, wonach der Berufungswerber das Gastgewerbe "bereits seit mehreren Jahren ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung" ausübe (was sich aus dem Umstand der bereits im Jahr 1990 gegründeten GesBR ergebe) zu Unrecht einen Erschwerungsgrund angenommen hat. Nach den für die Strafbemessung maßgeblichen Kriterien kann

diesbezüglich keine andere Tatzeit als die vom Schulterspruch ausdrücklich bestimmte zugrundegelegte werden. Davon abgesehen betrifft hier - iZm der Strafbemessung - die Frage, wie lange die konkrete, unbefugte Gewerbeausübung gedauert hat, nicht die Schuldseite, sondern den objektiven Unwert des inkriminierten Verhaltens.

Ist also der von der belangten Behörde angenommene Erschwerungsgrund in Abschlag zu bringen, so bleibt das in diesem Fall auf die Strafhöhe dennoch ohne Auswirkung, weil andererseits der berücksichtigte Milderungsgrund der "bisherigen Unbescholtenheit" gleichfalls verfehlt ist. Als besonderer Milderungsgrund im Sinne des § 34 Z2 des Strafgesetzbuches könnte, wenn überhaupt, allenfalls nur eine absolute Unbescholtenheit herangezogen werden; die bloß relative (einschlägige) Unbescholtenheit genügt hiefür nicht. Absolute Unbescholtenheit liegt jedoch für den Berufungswerber nicht vor; jedenfalls eine rechtskräftige (und noch nicht getilgte) Vorstrafe zufolge Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft R. i.l. vom 7. Juni 1993, wegen Übertretung des O.ö. Abfallwirtschaftsgesetzes 1990, steht dieser Annahme entgegen. Andere Milderungsgründe hat der Berufungswerber nicht eingewendet und waren solche vom unabhängigen Verwaltungssenat auch nicht aufzugreifen.

Im übrigen stehen die schuldseitig hervorgekommene Wissentlichkeit und die beharrliche Uneinsichtigkeit der - vom Berufungswerber auch gar nicht begehrten - Herabsetzung der Strafe entgegen. Zusammenfassend hat die belangte Behörde eine tat- und täterangemessene Strafe verhängt, die in dieser Höhe unter Bedachtnahme auf den gesetzlichen Strafrahmen vor den Kriterien des § 19 Abs.1 und Abs.2 VStG einen Ermessensmißbrauch insgesamt nicht erkennen lässt.

Aus allen diesen Gründen war das angefochtene Straferkenntnis in Schuld und Strafe zu bestätigen. Gleichzeitig war in Beachtung der diesbezüglich formal strengen Judikatur des VwGH der Spruchteil gemäß § 44a Z3 VStG zu berichtigen.

Kostenseitig bewirkt dieses Ergebnis, daß dem Berufungswerber der Beitrag zum Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat in der gesetzlich vorgesehenen Höhe - zusätzlich zum erstbehördlichen Kostenbeitrag - aufzuerlegen ist.

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