

# TE Vwgh Erkenntnis 1999/9/15 98/04/0104

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.09.1999

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §1 Abs3 impl;

GewO 1994 §1 Abs2;

GewO 1994 §1 Abs3;

VStG §5 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Martschin, über die Beschwerde des AK in H, vertreten durch Dr. S, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates Salzburg vom 14. April 1998, Zl. UVS-4/582/4-1998, betreffend Übertretung der GewO 1994, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Hallein vom 26. August 1997 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe vom 1. Jänner 1997 bis 16. April 1997 persönlich und vom 17. April 1997 (Eintragung der K & R OEG ins Firmenbuch) bis 26. August 1997 als persönlich haftender Gesellschafter der K & R OEG und somit als das gemäß § 9 Abs. 1 zur Vertretung nach Außen berufene Organ zu verantworten, dass an einem näher bezeichneten Standort das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar dadurch ausgeübt worden sei, dass alkoholische Getränke ausgeschenkt und in unverschlossenen Gefäßen verkauft worden seien, ohne eine entsprechende Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Der Beschwerdeführer habe hiedurch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 GewO 1994 begangen, weshalb er unter Anwendung des § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994 mit einer Geldstrafe von S 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) bestraft wurde.

Einer dagegen erhobenen Berufung gab der Unabhängige Verwaltungssenat Salzburg mit Bescheid vom 14. April 1998 gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG keine Folge. Nach Darstellung des Verfahrensganges und Wiedergabe der Aussagen des Beschwerdeführervertreters und des Zeugen D. in der mündlichen Verhandlung vom 17.

Februar 1998 führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus: Die Frage, ob im Einzelfall ein selbstständiges Unternehmen vorliege, sei nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen, wobei eine gewerbliche Tätigkeit jener Person oder Personenmehrheit zuzurechnen sei, auf deren Seite die gesetzlichen Voraussetzungen verwirklicht erschienen. Gemäß Punkt IV des Betriebsführungsvertrages stehe das gesamte operative Betriebsergebnis zur Gänze der betriebsführenden OEG zu. An die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. sei ein monatlicher Betrag von S 15.000,-- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer als Entgelt für die Einräumung der Betriebsführung abzuführen. Die OEG und ihre Gesellschafter hätten für die Versteuerung und die Sozialversicherung im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit aus diesem Vertrag selbst zu sorgen. Der betriebsführenden OEG werde von der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. ein monatliches Entnahmerecht von S 20.000,-- in Anrechnung auf ihre Ansprüche zugestanden. Sollten allerdings diese Entnahmen nicht zur Gänze vom Betriebsergebnis gedeckt sein, so seien sie binnen 14 Tagen nach Vorliegen des entsprechenden Jahresabschlusses an die Gesellschaft zu refundieren. Zur Sicherstellung aller im Betriebsführungsvertrag übernommenen Verpflichtungen habe die OEG eine Barkaution in Höhe von S 250.000,-- zu erlegen. Den Gesellschaftern der OEG werde für die Führung des Lokals Handlungsvollmacht erteilt. Diese im Vertrag festgelegten Regelungen zeigten nach Ansicht der belangten Behörde deutlich, dass das mit der gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko sehr wohl bei der OEG liege. Ungeachtet von allfälligen Gewinnen sei die OEG nach diesem Vertrag verpflichtet, S 180.000,-- (im Jahr) an die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. abzuführen. Dass diese Summe nur dann abzuführen wäre, wenn ein entsprechendes Betriebsergebnis erreicht worden sei - wie vom Beschwerdeführervertreter in der Berufungsverhandlung behauptet - lasse sich dem Vertrag nicht entnehmen. Aus Punkt V des Betriebsführungsvertrages ergebe sich vielmehr, dass die Betriebsgesellschaft auf die Kautions zugreifen könne, wenn die Betriebsführerin ihre Verpflichtungen aus diesem Vertrag nicht erfülle. Gemäß Punkt VIII des Betriebsführungsvertrages könne die Nichtbezahlung des erwähnten Betrages sogar zur sofortigen Auflösung des Vertrages führen, denn dort werde geregelt, dass die Verletzung der vertraglich übernommenen Verpflichtungen zur sofortigen Auflösung berechtige. Es könne daher gar nicht zu allfälligen Verlusten für die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. kommen, da diese bei Bestehen eines solchen Risikos das Vertragsverhältnis sofort beenden und auf die Kautions zugreifen könne. All dies zeige deutlich, dass das wirtschaftliche Risiko unzweifelhaft allein bei der OEG liege. Dass auch die übrigen Kriterien für ein gewerbsmäßiges Handeln, also Regelmäßigkeit der gewerblichen Tätigkeit und die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, vorgelegen seien, ergebe sich schon aus der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Bar in Verbindung mit den im Betriebsführungsvertrag festgelegten Verpflichtungen. Schließlich habe der Beschwerdeführer nie in Abrede gestellt, die ihm angelastete gewerbliche Tätigkeit in dem angeführten Zeitraum ausgeübt zu haben und für den Betrieb verantwortlich gewesen zu sein. Er habe sich nur dahingehend verantwortet, dass dieses gewerbsmäßige Handeln durch den Betriebsführungsvertrag gedeckt sei. Der tatsächliche und regelmäßige Betrieb werde auch vom Zeugen und Geschäftspartner des Beschwerdeführers nicht in Abrede gestellt bzw. habe dieser erklärt, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch er im Lokal alle Tätigkeiten selbst durchgeführt hätten. Dass die für den Betrieb des Lokals benötigten Waren über das Konto der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. eingekauft bzw. abgewickelt worden seien, vermöge nichts an dieser Beurteilung zu ändern. Das Unternehmerrisiko, das beim Beschuldigten bzw. der OEG gelegen (gewesen) sei, umfasse immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung. Unerheblich sei, über welche Konten etwa die Transaktionen abgewickelt worden seien. Wesentlich sei, wer das tatsächliche kaufmännische Risiko des gewerblichen Handelns zu tragen habe. Auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei das mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspiele. Das Merkmal der Selbstständigkeit könne nicht deshalb verneint werden, weil nach Punkt II des Betriebsführungsvertrages die OEG nicht berechtigt sei, einen Getränkelieferungsvertrag oder Ähnliches für die Gesellschaft abzuschließen. Diese vertragliche Vereinbarung hindere die OEG einerseits nämlich nicht, einen solchen Vertrag für sich selbst abzuschließen und bedeutete selbst ein solches Verbot für sich allein noch keinesfalls den Verlust der Selbstständigkeit, da das Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente für eine derartige Beurteilung heranzuziehen sei. Insgesamt erwecke das gegenständliche, durch den Betriebsführungsvertrag gestaltete Rechtsverhältnis zwischen der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. und der K & R OEG nach Ansicht der belangten Behörde den Eindruck eines bloßen Umgehungsgeschäftes mit dem Zweck, dem

Beschwerdeführer und seinem Partner die Ausübung des betreffenden Gastgewerbes zu ermöglichen, obwohl diese nicht in Besitz einer entsprechenden Gewerbeberechtigung gewesen seien. Die weiteren Ausführungen des angefochtenen Bescheides betreffen die für die Strafbemessung maßgeblichen Erwägungen der belangten Behörde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Nach § 1 Abs. 2 erster Halbsatz leg. cit. wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Nach § 1 Abs. 3 leg. cit. liegt Selbstständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Der Beschwerdeführer hat weder im Verwaltungsverfahren noch in seinem Beschwerdevorbringen bestritten, dass er die zu beurteilende Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994 regelmäßig und in der Absicht, durch die Tätigkeit einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ausgeübt habe. Das Vorbringen des Beschwerdeführers wendet sich gegen die Annahme der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe das mit der gegenständlichen gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko zu tragen, womit er das ihm selbst zugerechnete Merkmal der Selbstständigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994 bestreitet. Dazu bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass für den betreffenden Standort die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. über die Gewerbeberechtigung verfüge, da auf deren Namen und Rechnung der Betrieb geführt werde. Bei der Tätigkeit der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. und der betriebsführenden OEG handle es sich um zwei voneinander völlig verschiedene und getrennt zu betrachtende Unternehmen. Unternehmensgegenstand der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. sei der Betrieb eines Gasthauses, jener der OEG die Führung des Betriebes eines fremden Unternehmens. Da die Betriebsführung keine der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeit darstelle, sei hierfür keine Gewerbeberechtigung erforderlich. Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass der Gewerbebetrieb tatsächlich auf Rechnung der Gewerbeinhaberin geführt werde, über deren Konto Zahlungen geleistet würden und die gegenüber den Lieferanten als Auftraggeber auftrete. Das Unternehmerrisiko könne aufgrund des Betriebsführungsvertrages nicht auf die Betriebsführerin überwält werden. Dieses sei vielmehr aufgrund des Vertrages von der Gewerbeinhaberin zu tragen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Vorliegen u.a. des Merkmals der Selbstständigkeit iSd § 1 Abs. 2 GewO 1994 in Bezug auf die vom Beschwerdeführer tatsächlich ausgeübte Tätigkeit vor dem Hintergrund der (den realen Gegebenheiten entsprechenden) vertraglichen Gestaltung der Betriebsführung zu beurteilen ist. Führt diese Beurteilung zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich eines in der GewO 1994 geregelten Gewerbes sämtliche Merkmale des § 1 Abs. 2 leg. cit. vorliegen, so ist diese Tätigkeit als gewerbsmäßig zu betrachten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob im Einzelfall ein selbstständiges Unternehmen vorliegt, nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen, wobei eine gewerbliche Tätigkeit jener Person oder Personenmehrheit zuzurechnen ist, auf deren Seite die angeführten gesetzlichen Voraussetzungen verwirklicht erscheinen. In diesem Zusammenhang ist die weitere Frage, wer das mit der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf sich nimmt

-

dieses wird durch den in seinem Zusammenhang zu verstehenden Wortlaut "Rechnung und Gefahr" im § 1 Abs. 3 GewO 1994 umschrieben

-

auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit darstellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0107).

Angesichts der dargestellten Rechtslage kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie davon

ausging, die K & R OEG übe die dem Beschwerdeführer angelastete Tätigkeit auch selbstständig aus. Aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen des vorliegenden Betriebsführungsvertrages mit der unbestritten faktischen Alleinführung des Betriebes ergibt sich, dass letztlich (auch) die K & R OEG das mit der Gewerbeausübung verbundene unternehmerische Risiko zu tragen hat bzw. der Beschwerdeführer bis zur Eintragung der OEG zu tragen hatte:

Nach Punkt IV des Betriebsführungsvertrages steht das gesamte operative Betriebsergebnis zur Gänze der betriebsführenden OEG zu. Als Entgelt für die Einräumung der Betriebsführung hat die K & R OEG monatlich einen Betrag von S 15.000,-- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer an die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. abzuführen. Nach Punkt V des Betriebsführungsvertrages hat die Betriebsführerin zur Sicherstellung aller in diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen eine Barkaution in Höhe von S 250.000,-- an die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. zu erlegen. Im Hinblick darauf, dass die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. nach dem weiteren Inhalt des Vertrages berechtigt ist, die Kaution oder Teile davon zu verwenden, wenn die K & R OEG ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag - zu denen nach Punkt VII auch die Bezahlung sämtlicher Steuern und Abgaben der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H., die ordnungsgemäße Befriedigung sämtlicher Dienstnehmeransprüche, Lieferantenverbindlichkeiten sowie überhaupt sämtlicher Verbindlichkeiten aus dem laufenden Geschäftsbetrieb zählen - nicht erfüllt und die Betriebsführerin verpflichtet ist, für den Fall der Verminderung der Kaution diese wieder auf die ursprüngliche Höhe zu ergänzen, kann die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. eine Risikotragung im oben dargestellten Sinn nicht treffen, da sie sich in den genannten Fällen (die weite Bereiche möglicher geschäftlicher Betätigung eines derartigen Gewerbebetriebes umfassen) jedenfalls schadlos halten kann. Die weiteren Bestimmungen des Betriebsführungsvertrages, wonach die K & R OEG zur Instandhaltung und Instandsetzung des Inventars, zum Ersatz von in Verlust geratenen Inventargegenständen und zur Refundierung von ihr zustehenden Entnahmen, soweit diese nicht zur Gänze vom Betriebsergebnis gedeckt sind, verpflichtet ist, bestätigen die von der belangten Behörde getroffene Feststellung, dass die in Rede stehende gewerbliche Tätigkeit letztlich auf Rechnung und Gefahr der K & R OEG ausgeübt wird.

An diesem Ergebnis vermag die bloß formale Festlegung der Risikotragung durch die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. im Punkt VI des Vertrages ebenso wenig eine Änderung zu bewirken, wie das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach es sich bei dem vorliegenden Betriebsführungsvertrag um ein Auftragsverhältnis handle und sämtliche Kauf-, Liefer- und Mietverträge auf Namen und Rechnung der F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. abgeschlossen worden seien, weil es bei Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr die Tätigkeit entfaltet wird, nicht (nur) auf die äußeren rechtlichen Formen ankommt, in denen sich die gewerbliche Tätigkeit abspielt. Ausschlaggebend ist vielmehr das Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. November 1998, Zl. 98/04/0050), wonach im vorliegenden Fall das wirtschaftliche Unternehmerrisiko letztlich auf den Beschwerdeführer bzw. die OEG überwälzt wird. Im Falle der Aufkündigung des Vertrages könnte sich die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. hinsichtlich sämtlicher (durch Kaution und auf ihre Rechnung angeschaffte Warenbestände gesicherten) allenfalls vorläufig getragenen Aufwendungen zur Gänze regressieren. Das Risiko dieser Ges.m.b.H. besteht somit im Wesentlichen darin, dass sie allfällige Regressforderungen nicht mehr gegen die OEG einbringlich machen könnte. Warum bei dieser Sachlage ein jedenfalls (auch) die OEG treffendes kaufmännisches Risiko bei Ausübung der gewerblichen Tätigkeit nicht gegeben sein sollte, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 1985, Zl. 84/04/0154, wonach eine Gewerbeausübung auch jener Person in Hinsicht auf das Merkmal der Selbstständigkeit zugerechnet werden kann, welche zumindest Anteil am kaufmännischen Risiko hat).

Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, der angefochtene Bescheid sei deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, weil sich seine Rechtsvertreterin in seinem Auftrag beim Gewerbereferenten der Behörde zweiter Instanz vor Abschluss des Betriebsführungsvertrages über das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung erkundigt und dieser ihr mitgeteilt habe, dass unter den gegebenen Voraussetzungen die F-Gaststättenbetriebsgesellschaft m.b.H. über eine Gewerbeberechtigung verfügen müsse, weshalb der subjektive Tatbestand nicht verwirklicht sei, so handelt es sich hier um eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zu beachtende Neuerung. Im Verwaltungsverfahren wurde lediglich vorgebracht, dass der Beschwerdeführer von seinem Vertreter dahingehend informiert worden sei, dass er keiner gewerberechtlichen Bewilligung bedürfte. Dem ist zu entgegnen, dass nach der Bestimmung des § 5 Abs. 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, nur dann entschuldigend, wenn sie erwiesener Maßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Der durch diese Bestimmung normierte Schuldausschließungsgrund des

Rechtsirrtums kann den Beschwerdeführer ausgehend vom oben wiedergegebenen Vorbringen im Verwaltungsverfahren im vorliegenden Fall schon deshalb nicht entschuldigen, weil er sich auf einen solchen allein wegen der Auskunft seines Rechtsfreundes, ohne sich bei der zuständigen Behörde über deren Richtigkeit zu erkundigen, nicht mit Erfolg berufen kann (vgl. die bei Kobzina (Hrdlicka, Gewerbeordnung 1994), S. 576, zitierte Judikatur).

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften ist der Beschwerdeführer auf § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG hinzuweisen, wonach nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof zu führen hat, sondern nur eine solche, bei deren Vermeidung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können. Diese Relevanz ist nach dem zuvor Gesagtem im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Aus diesen Gründen war die vorliegende Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in der Verbindung mit der Verordnung BGBl. 416/1994.

Wien, am 15. September 1999

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1999:1998040104.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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