

# TE Vwgh Erkenntnis 1985/4/16 83/04/0202

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.04.1985

## Index

Verwaltungsverfahren - VStG

## Norm

GewO 1973 §33 Abs1 Z6

GewO 1973 §34 Abs1 Z3

GewO 1973 §366 Abs1 Z1

GewO 1973 §4 Abs1

GewO 1973 §6 Z3

VStG §5 Abs1

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Baumgartner und Dr. Griesmacher als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kratzert, über die Beschwerde des KS in M, vertreten durch Dr. Horst Auer, Rechtsanwalt in Wien I, Gonzagagasse 9, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 7. Juli 1983, Zl. V/1-ST-8230, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Strafausspruches einschließlich der damit verbundenen Kostenbestimmung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben; hinsichtlich des Schuldausspruches wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 8.560,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Die Bezirkshauptmannschaft Mödling sprach mit Straferkenntnis vom 22. Dezember 1981 aus, der Beschwerdeführer sei als das gemäß § 9 VStG 1950 zur Vertretung nach außen berufene Organ der A Ges.m.b.H. dafür verantwortlich, daß jeweils im Standort V, auf dem Parkplatz der S in der Zeit vom 10. August 1980 bis zumindest 19. Mai 1981 an bestimmten, im Spruch im einzelnen angeführten Tagen, die Gesellschaft das freie Gewerbe der Privatgeschäftsvermittlung dadurch ausgeübt habe, daß sie den Abschluß von Kaufverträgen über Kraftfahrzeuge zwischen privaten Autoverkäufern und Besuchern des "Automarktes" durch Bereitstellen von Informationsträgern (Platzausweis, Checkliste, Kaufvertragsformular) und Parkplätze und Ankündigungen des Automarktes in den

Massenmedien vermittelt und dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 begangen habe. Gemäß § 366 Einleitungssatz leg. cit. wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von S 20.000,- (Ersatzarreststrafe 10 Tage) verhängt. Nach der Begründung des Straferkenntnisses liegt diesem folgender, von der Behörde als erwiesen angenommener Sachverhalt zugrunde: Im Jahre 1979 sei aufgrund durchgeführter Gendarmerieerhebungen festgestellt worden, daß in V, auf dem Parkplatz der S die A Ges.m.b.H. (im folgenden kurz: Gesellschaft) mit dem Sitz in U, Schweiz, einen Teil dieses Parkplatzes in V für bestimmte Zeiten - meist an Sonntagen - gemietet habe, um darauf sogenannte "Automärkte" abzuhalten. Dies in der Form, daß verkaufswillige Privatpersonen nach Erlag von S 100,- einen Stellplatz auf dem Parkplatz zugewiesen erhalten. Zugleich mit dieser Zuweisung werde ein "Platzausweis" im Format von zirka 21 cm x 52 cm ausgefolgt, der zufolge des darauf abgedruckten Textes auch als "Eintrittsausweis" zum Verlassen und Wiederbefahren des Geländes bei Probefahrten dienen soll. Auch seien darauf Rubriken vorgesehen, die zur Eintragung des Modells, des Baujahres, der gefahrenen Kilometeranzahl, der Extras und des Preises dienen sollen. Zugleich erhalte der Aufsteller noch ein Formular für eine Kaufvereinbarung, auf dessen Rückseite eine "Checkliste" für Käufer und Verkäufer abgedruckt sei, die die Teilnehmer an dem sogenannten Automarkt mit Tips über das abzuschließende Rechtsgeschäft versorge. Die angeführten Tätigkeiten werden von freien Mitarbeitern, die durch Werkverträge von der Gesellschaft verpflichtet werden, durchgeführt. Die gewerbsmäßige Vermittlung von Rechtsgeschäften zwischen Privatpersonen stelle das freie Gewerbe der Privatgeschäftsvermittlung dar. Der Beschwerdeführer rechtfertige sich im wesentlichen damit, daß die angeführten manipulativen Tätigkeiten (insbesondere Abgrenzung der Stellplätze) einer Vermietung von Privatgrundstücken gleichzuhalten seien, die nicht der Gewerbeordnung 1973 unterliege. Darüberhinausgehende Tätigkeiten würden von der Gesellschaft in keiner Weise ausgeführt, insbesondere nehme die Gesellschaft keinen wie immer gearteten Einfluß auf das Zustandekommen und den Inhalt von Kaufverträgen über Kraftfahrzeuge. Eine Vermittlung werde nicht ausgeführt, weil als unteres Minimum für eine Vermittlertätigkeit die Namhaftmachung des zukünftigen Vertragspartners anzusehen wäre. Die Tätigkeit der Gesellschaft beschränke sich darauf, den potentiellen Autoverkäufern einen Platz zur Verfügung zu stellen, auf dem sie ihr Fahrzeug zum Verkauf anbieten könnten. Nur zur Verkäuferseite hätte die Gesellschaft überhaupt eine vertragliche Beziehung, die Käuferseite sei demgegenüber der Gesellschaft und deren Mitarbeitern nicht bekannt. Dieser Rechtfertigung könne sich die Behörde - so wird in der Begründung des Bescheides weiter dargelegt - nicht anschließen, weil eine über die Vermietung hinausgehende Tätigkeit in der Form gesetzt werde, daß um S 100,- neben der Bereitstellung des Parkplatzes auch Informationsträger mit der Möglichkeit zur Angabe des Automodells, des Baujahres, der Kilometerangabe, der Extras und des Preises bereitgestellt werden. Selbst wenn man den Angaben des Beschwerdeführers folge, diese Informationsträger seien unentgeltliche Serviceleistungen und der zu erlegende Betrag in der Höhe von S 100,- stelle nur die Platzmiete dar, liege eine gewerbliche Tätigkeit vor, weil die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages (hier durch die Bereitstellung von Informationsträgern) für die Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis sei. Diese sei schon bei der Absicht gegeben, einen "sonstigen", insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil (Einnahmen durch Vermietung von Parkplätzen) zu erzielen. Unbestritten sei, daß die Gesellschaft mit der Verkäuferseite beim Eintritt in die abgegrenzte Fläche Kontakt aufnehme. Richtig sei wohl, daß die potentiellen Käufer der Gesellschaft (dem Vermittler) nicht namentlich bekannt seien, doch erfolge die Herstellung des Kontaktes zum einen mittelbar über die Massenmedien (z.B. Einschaltung in der Wochenendbeilage der Tageszeitung "Kurier"), zum anderen durch die Beschilderung des abgegrenzten Areals. Für eine Vermittlertätigkeit sei nicht essentiell, ob dem Vermittler die präsumtiven Vertragspartner namentlich bekannt sind, sondern es genüge vielmehr das Zusammenführen von potentiellen Vertragspartnern, denen der Abschluß eines Privatgeschäftes (Kaufvertrag) durch die von der Gesellschaft gesetzten Tätigkeiten zumindest erleichtert werde. Daß ein zwischen den Besuchern des Automarktes abgeschlossener Kaufvertrag zum Großteil auf die Mitwirkung der Gesellschaft zurückzuführen sei, ergebe sich schon allein daraus, daß ein potentieller Autoverkäufer nur deshalb einen Eintrittsausweis um S 100,- löse, um durch die von der Gesellschaft betriebene Werbung für diesen Automarkt und die bereitgestellten Informationsträger in die Lage zu kommen, mit einem potentiellen Käuferkreis in Kontakt zu treten. Es sei kaum anzunehmen, daß jemand an einem Sonntagvormittag auf dem sonst vollkommen leerstehenden Parkplatz der S eine zirka 8 m<sup>2</sup> große Parkfläche miete und dann warte, bis rein zufällig eine Person vorbeikomme, die bereit wäre, in Kaufverhandlungen zu treten. So aber könne sich der Anbieter darauf verlassen, daß ihm durch die Tätigkeit der Gesellschaft ein gewisser Kundenkreis an potentiellen Autokäufern zugeführt werde. Ob nun tatsächlich ein Kaufvertrag zwischen den Vertragspartnern zustande komme, sei für die Vermittlertätigkeit bedeutungslos.

Der gegen dieses Straferkenntnis vom Beschwerdeführer eingebrachten Berufung gab der Landeshauptmann von

Niederösterreich insoweit Folge, als die verhängte Strafe auf S 12.000,-- (Ersatzarreststrafe auf 6 Tage) herabgesetzt wurde. Zu den von ihr als zutreffend erachteten Gründen der Erinstanz führte die Berufungsbehörde ergänzend aus, daß im gegenständlichen Fall das Vermieten von Privatgrundstücken nur als völlig untergeordneter Teil der Tätigkeit des hier von der Gesellschaft hauptsächlich ausgeübten freien Gewerbes der Privatgeschäftsvermittlung anzusehen sei. Über das Vermieten von Privatgrundstücken hinaus würden zusätzlich Dienstleistungen mittels Zeitungsannoncen, Eintrittsausweisen und den zur freien Entnahme aufliegenden Vereinbarungen über den Verkauf - Kauf eines Kraftfahrzeuges von Privaten angeboten. Der Eintrittspreis für die Autoverkäufer werde gleichzeitig als Informationsträger an der Windschutzscheibe des zum Verkauf angebotenen Autos angebracht und verwendet. Auf diesen Eintrittsausweisen finde sich kein Hinweis auf eine Platzmiete, vielmehr ermöglichten sie den Besuch des als "Privaten Automarkt" bezeichneten Geländes und als Ausweis zum Verlassen und Wiederbefahren des Geländes für Probefahrten. Daraus sei zu ersehen, daß nach Beendigung von Probefahrten in das Gelände wieder eingefahren werde und es zum Abschluß von Kaufverträgen komme, wobei die obigen Serviceleistungen der Gesellschaft zum Tragen kämen (Beratung bei Abschluß des Kaufvertrages, Versicherungsservice etc.) und die jeweils anwesenden Mitarbeiter der Gesellschaft durch die Serviceleistungen auch mit dem Käufer in Verbindung träten. Hiezu werde aus einem im Strafkakt der Erstbehörde erliegenden Ausschnitt aus der Zeitung "Die Presse" auszugsweise entnommen: "Als Gegenleistung für den Rest der Parkgebühr (S 100,-- weniger S 8,-- , Steuer) sorgt S Mannschaft dafür, daß die Geschäftspartner Informationen oder Musterverträge bekommen". Aufgrund dieser Feststellungen sei die Berufungsbehörde zu dem Schluß gekommen, daß die angeführten Tätigkeiten nach ihren charakteristischen Merkmalen eine gewerbliche Verrichtung darstellten. Die Berufungsbehörde könne sich daher der Ansicht des Beschwerdeführers nicht anschließen, wonach sämtliche über das bloße Zurverfügungstellen der Parkplätze hinausgehenden Tätigkeiten darauf gerichtet seien, der Gesellschaft "Einnahmen durch die Vermietung von Parkplätzen" zu verschaffen. Die Ansicht des Beschwerdeführers, daß diese Tätigkeiten zur gewerblichen Tätigkeit der Platzvermietung gehörten, sei nicht richtig. Auf das Halten von Räumen zur Einstellung von Kraftfahrzeugen sei die Gewerbeordnung nur dann nicht anzuwenden, wenn es sich um eine bloße Raumvermietung handle, ohne jegliche Übernahme von Dienstleistungen. Im Gegenstande würden aber Dienstleistungen erbracht. Auch die Einwände des Beschwerdeführers, daß das Ermittlungsverfahren grob mangelhaft geblieben sei, träfen nicht zu. Wenn der Beschwerdeführer wiederholt den Vergleich mit anderen Gewerbeberechtigungen bzw. Tätigkeiten (Jahrmarkt einer Gemeinde, Immobilienmakler etc.) anstelle und zum Schluß komme, daß die Tätigkeiten der Gesellschaft nicht der Gewerbeordnung unterliegen würden, so müsse dem entgegengehalten werden, daß gegen Entgelt Informationsträger bereitgehalten werden. Diese Serviceleistungen bzw. Tätigkeiten könnten mit anderen Gewerbeberechtigungen in bezug auf unbefugte Ausübung nicht verglichen werden und stellten nach Ansicht der Berufungsbehörde ihren charakteristischen Merkmalen nach eine gewerbliche Verrichtung dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsstrafakten mit einer Gegenschrift vor, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte. Zu der Gegenschrift erstattete der Beschwerdeführer eine Replik, in der er als Kosten den Schriftsataufwand und Stempelgebühren verzeichnete.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in dem Recht, auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes nicht bestraft zu werden, verletzt. In Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes trägt der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vor, daß es am objektiven Tatbestand mangle, weil die bloße Raumvermietung keine Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung sei und von der Gesellschaft keine Vermittlertätigkeit vorgenommen werde. Auch mangle es am subjektiven Tatbestand, weil die Gesellschaft vor erstmaliger Aufnahme ihrer Tätigkeit ein Gutachten eines österreichischen Rechtsanwaltes eingeholt habe, das ihr attestiert habe, daß die Tätigkeit der Gesellschaft nicht der Gewerbeordnung 1973 unterliege, und überdies vor Beginn des gegenständlich inkriminierten Tatzeitraumes an die belangte Behörde herantreten sei, ihre Rechtsauffassung dargelegt und um Stellungnahme gebeten habe, welche Stellungnahme jedoch nicht erfolgt sei, sodaß sie davon habe ausgehen können, daß sich die belangte Behörde dieser Rechtsauffassung angeschlossen habe. Darüber hinaus sei der angefochtene

Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften wegen unzureichender Sachverhaltsfeststellung, Verletzung des Parteienghört, mangelhafter Begründung und innerer Widersprüchlichkeit behaftet.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu S 30.000,- oder mit einer Arreststrafe bis zu sechs Wochen zu ahnden ist, wer ein Anmeldegewerbe (§ 5 Z. 1) ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Das Gewerbe der Privatgeschäftsvermittlung ist ein freies Gewerbe.

Gemäß § 1 Abs. 1 GewO 1973 gilt dieses Bundesgesetz, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Nach § 1 Abs. 4 leg. cit. wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Die bloße Raumvermietung (Miethausbesitz) kann im allgemeinen nicht als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung angesehen werden. Dies gilt in gleicher Weise für die mietweise Bereitstellung von Flächen (vgl. auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 23. Juni 1963, Slg. Nr. 4227). Bezüglich des Haltens von Räumen zur Einstellung von Kraftfahrzeugen bestimmt § 4 Abs. 1 GewO 1973 ausdrücklich, daß darauf dieses Bundesgesetz nur dann anzuwenden ist, wenn es sich nicht um eine bloße Raumvermietung handelt, sondern auch Dienstleistungen, die über die im Abs. 3 dieses Paragraphen angeführten Tätigkeiten hinausgehen, übernommen werden (Z. 1) oder Kraftfahrzeuge von mehr als 5 hausfremden Personen eingestellt werden (Z. 2) oder mit den Einstellern eine über die Haftung des Bestandgebers nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch hinausgehende Haftung vereinbart wird (Z. 3).

Im Beschwerdefall werden die Flächen durch die Gesellschaft, als deren Organ der Beschwerdeführer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde, nicht zur Einstellung von Kraftfahrzeugen vermietet, sondern - wie der Beschwerdeführer selbst ausführt - zu dem Zwecke, potentiellen Autoverkäufern einen Platz zur Verfügung zu stellen, auf dem diese ihr Fahrzeug zum Verkauf anbieten können. Die Vermietung des Platzes dient sohin nicht (primär) der Einstellung von Kraftfahrzeugen, sondern der Herbeiführung einer Gelegenheit für den Verkäufer, um sein Kraftfahrzeug einem Käufer anbieten zu können. Es soll dadurch dem privaten Verkäufer eines Kraftfahrzeuges ermöglicht werden, mit Personen in Verbindung zu treten, die ein solches Fahrzeug zu kaufen suchen. Auf diese Art und Weise sollen demnach die an einem bestimmten Geschäft interessierten Personen zusammengeführt werden. Die Platzvermietung stellt hierbei lediglich das Mittel zur Erreichung des damit beabsichtigten Zweckes der Ermöglichung, aber auch der Herstellung eines Kontaktes Privater zum Abschluß eines bestimmten Geschäftes dar. Für einen solchen Inhalt der in Rede stehenden Tätigkeit der Gesellschaft sprechen auch die mit der Platzvermietung verbundenen Leistungen, wie die Gestaltung des Eintrittsausweises, der vom Mieter des Platzes gleichzeitig als Informationsträger für den Verkauf seines Fahrzeuges verwendet werden kann, die Zurverfügungstellung von Formularen über den "Kauf/Verkauf eines Gebrauchtfahrzeuges von Privat" mit einer für den Verkäufer und Käufer bestimmten Checkliste, in der der Hinweis auf eine mögliche Inanspruchnahme eines Versicherungsservices an Ort und Stelle enthalten ist, sowie insbesondere auch die in diese Richtung gehende Werbung des Vermieters als "Privater Automarkt", sei es als Aufdruck auf den Eintrittsausweisen und auf den Kaufvertragsformularen oder in der Form einer offenbar an Interessenten im Wege der Post zu versendenden Karte, in der der "Private Automarkt" als einer der besten Wege beschrieben wird, "Gebrauchtwagen direkt vom Privat an Privat zu verkaufen oder zu kaufen" und in der auf die angeführten Dienstleistungen hingewiesen wird, oder sei es Werbung in Form von Zeitungsinseraten. Ungeachtet dessen also, daß Kontrahent des Vermieters nur der Mieter des Platzes ist und der Vermieter unmittelbar keinen Kontakt zwischen dem privaten Verkäufer und Käufer eines Kraftfahrzeuges herstellt, ist das Ziel der in Rede stehenden Tätigkeit auf das Zusammenführen präsumtiver Vertragspartner gerichtet. Diese Tätigkeit weist in ihrer Gesamtheit die typischen Merkmale der Vermittlung auf.

Der Begriff der Vermittlung ist in der Gewerbeordnung 1973 nicht näher umschrieben. Nach dem Wortsinn ist darunter ganz allgemein eine Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, eine Verbindung zwischen bestimmten Interessen herzustellen. Eine Geschäftsvermittlung liegt demnach vor, wenn die Tätigkeit zum Ziele hat, den Abschluß eines bestimmten Geschäftes herbeizuführen. In diesem Sinne wurde der Begriff der Geschäftsvermittlung in den gewerberechtlichen Vorschriften vor der Gewerbeordnung 1973 als eine Erwerbstätigkeit verstanden, deren Inhalt und Ziel es ist, zwischen Personen, die vom Vermittler verschieden sind, Geschäfte, an denen der Vermittler als

Vertragspartei nicht beteiligt ist, zustande zu bringen (vgl. die Erläuternden Bemerkungen zu Art. 45 des Verwaltungsentlastungsgesetzes, BGBl. Nr. 277/1925, mit welchem Artikel bestimmt wurde, daß auf die Privatgeschäftsvermittlung in anderen als Handelsgeschäften in Hinkunft die Bestimmungen der Gewerbeordnung sinngemäß Anwendung finden). Nach der Auslegung, die dieser Begriff in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den gewerberechlichen Vorschriften vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung 1973 gefunden hat, ist Vermittlung die Entfaltung einer Tätigkeit mit dem Ziele der Herstellung einer Übereinstimmung zwischen Gläubigern und Schuldern (Ausgleichsvermittler; vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. April 1953, Slg. Nr. 2936/A), das Zusammenführen von Kontrahenten (Privatgeschäftsvermittlung; vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. September 1953, Slg. Nr. 3097/A) und das Zusammenführen präsumtiver Vertragspartner (Vermittlung von Personal- und Realkrediten; vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. Oktober 1957, Slg. Nr. 4442/A, und die weitere darin zitierte Vorjudikatur).

Der Vermittler ist sohin eine Person, die sich in der Weise betätigt, daß jemand, der etwas sucht, mit jemandem in Verbindung gebracht wird, der auf ein solches Angebot wartet oder es gebrauchen kann. Hiebei ist es für den Bereich des Gewerbeberechtigtes entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - wie schon die Erstbehörde zutreffend erkannte - ohne Belang, daß dem Vermittler etwa einer der präsumtiven Vertragspartner namentlich nicht bekannt ist, wie auch der Umstand, ob tatsächlich ein Kaufvertrag zwischen den Vertragspartnern zustande kommt, rechtlich bedeutungslos ist.

Die im Beschwerdefall inkriminierte Tätigkeit war nicht auf das Vermieten des Platzes und die Zurverfügungstellung von dem Verkauf des Fahrzeuges dienenden Unterlagen an den Mieter des Platzes beschränkt, sondern ging darüber hinaus, da die Unterlagen Hinweise und Anleitungen enthalten, die sich auch an den Käufer des Fahrzeuges richten. Von der Gesellschaft wird unbestritten für den "Privaten Automarkt" geworben. Wenn der Beschwerdeführer meint, daß es sich hiebei lediglich um eine "Unterstützungstätigkeit für die eigene Standplatzvermietung" handle, um möglichst viele Vertragspartner zu finden, "die ihr Auto auf dem S-Parkplatz" verkaufen wollen, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Werbung für einen privaten Automarkt läßt keinesfalls erkennen, daß damit nur Verkaufswillige als Mieter des Platzes angeworben werden sollen, wie der Beschwerdeführer meint. Die schon erwähnte, den Verwaltungsstrafakten angeschlossene und offenbar zum Postversand an Interessierte bestimmte Karte mit dem Absender: "A GmbH" richtet sich demgemäß auch an Kaufinteressenten, die freien Eintritt haben. Auch die Werbung macht sohin deutlich, daß die Tätigkeit der Gesellschaft das Zusammenführen präsumtiver Vertragspartner zum Gegenstand hat.

Bei diesem Sachverhalt ist die Annahme der belangten Behörde, daß die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte, von der Gesellschaft im Zusammenhang der Abhaltung eines privaten Automarktes ausgeübte Tätigkeit in ihrer Gesamtheit die Ausübung der Privatgeschäftsvermittlung darstellt, für das die Gesellschaft unbestrittenermaßen keine Gewerbeberechtigung besitzt, nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Zu dem vom Beschwerdeführer eingewendeten Mangel am subjektiven Tatbestand ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei der Strafbestimmung des § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 um ein sogenanntes "Ungehorsamsdelikt" im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG 1950 handelt, wonach schon das bloße Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder die Nichtbefolgung eines Gebotes Strafe nach sich zieht, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört, die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt und der Täter nicht beweist, daß ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Hinsichtlich des Verschuldens trifft sohin den Täter die Beweislast. Die Unkenntnis über eine gesetzliche Vorschrift kann nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemand die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Es ist Sache der Partei, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen. So hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargetan, daß, wer ein Gewerbe betreibt, verpflichtet ist, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Wohl kann die Rechtsauskunft eines Behördenorganes auf die Beurteilung der Schuldfrage von Einfluß sein, das Verharren in einer (unrichtigen) Rechtsauffassung trotz der Kenntnis der dieser widersprechenden (richtigen) Rechtsauffassung vermag jedoch der Täter nicht zu entschuldigen. Ein Schuldausschließungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG 1950 liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der das Gewerbe unbefugt Ausübende von seinem Rechtsfreund dahingehend belehrt wurde, keiner Gewerbeberechtigung für die inkriminierte Tätigkeit zu bedürfen, die Gewerbebehörde ihn aber über die gegenteilige Rechtslage aufklärte

(vgl. u.a. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. September 1970, Zl. 1211/70, und vom 15. Jänner 1985, Zl. 84/04/0087, sowie die weitere in diesen Entscheidungen zitierte Vorjudikatur; hinsichtlich der angeführten, nichtveröffentlichten hg. Entscheidungen wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen).

Im vorliegenden Fall war dem Beschwerdeführer die Rechtsansicht der belangten Behörde bekannt, wie sich aus dem an die belangte Behörde gerichteten Schreiben seines Rechtsfreundes vom 14. Februar 1980 ergibt, das sich mit dieser Rechtsansicht ausdrücklich auseinandersetzte. Die Tatsache, daß die belangte Behörde zu diesem Schreiben keine Stellungnahme bezog, berechnete den Beschwerdeführer nicht zur Annahme, daß sich die Behörde seiner Rechtsauffassung angeschlossen hätte. Aus dem bloßen Schweigen der Behörde auf eine Mitteilung kann nicht auf eine bestimmte Auskunft eines Behördenorganes geschlossen werden (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Mai 1983, Zl. 83/04/0084).

Da sohin auch die subjektive Tatseite von der belangten Behörde zu Recht bejaht wurde, war die Beschwerde hinsichtlich des Schuldausspruches gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Hinsichtlich des Strafausspruches kommt der Beschwerde jedoch Berechtigung zu. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 1950 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. Nach § 19 Abs. 2 leg. cit. 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die in der Beschwerde diesbezüglich vorgetragene Rüge, daß die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers nicht erhoben wurden ja nicht einmal entsprechende Fragen an den Beschwerdeführer oder an seine ausgewiesene Vertreter gestellt wurden, findet in der Aktenlage ihre Deckung und bleibt von der belangten Behörde auch in der Gegenschrift unwidersprochen. Es trifft daher die weiters von der belangten Behörde in der Gegenschrift vertretene Ansicht, daß die Strafe in gerechter Würdigung aller im betreffenden Fall in Betracht kommenden Gesichtspunkte festgesetzt worden sei, nicht zu.

Da sohin insoweit der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung bedarf, war der angefochtene Bescheid hinsichtlich des Strafausspruches gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. (Zur Trennung von Schuld- und Strafausspruch siehe das Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. April 1979, Slg. Nr. 9828/A.)

Von der Durchführung der vom Beschwerdeführer beantragten mündlichen Verhandlung konnte im Hinblick auf § 39 Abs. 2 Z. 3 und 6 VwGG abgesehen werden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 221/1981. Für die Äußerung des Beschwerdeführers zur Gegenschrift der belangten Behörde waren zwar im Hinblick auf den letzten Satz des § 36 Abs. 8 VwGG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 203/1982 die Stempelgebühren zuzusprechen, hingegen war das Ansuchen auf Ersatz des Schriftsatzaufwandes für diese Äußerung gemäß § 58 VwGG abzuweisen, weil § 48 Abs. 1 eine Erstattung des Schriftsatzaufwandes nur für die Einbringung der Beschwerde vorsieht.

Wien, am 16. April 1985

### **Schlagworte**

Andere Einzelfragen in besonderen Rechtsgebieten Gewerberecht

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1985:1983040202.X00

### **Im RIS seit**

02.03.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

03.03.2020

**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)