jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/10/30 89/04/0255

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.10.1990

**Index**

40/01 Verwaltungsverfahren;
50/01 Gewerbeordnung;

**Norm**

GewO 1973 §367 Z19;
GewO 1973 §59;
VStG §32 Abs1;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde des N gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 5. Oktober 1989, Zl. Ge-41.147/2-1989/Pö/Lb, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 10.470,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Mit Strafverfügung der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 20. Dezember 1988 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, als gewerberechtlicher Geschäftsführer der "A-Handelsges.m.b.H., Y", am 29. November 1988 von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr bei einem vor dem Feuerwehrzeughaus in Z abgestellten Lkw Bestellungen für Arbeitskleidung, Handwerkzeuge, Forstwerkzeuge, Elektrogeräte, Akku-Geräte, Autozubehör, Haushaltsgeräte etc. entgegengenommen und somit die Bestimmungen über das Sammeln und die Entgegennahme von Bestellungen nicht eingehalten zu haben, wobei hiefür wegen Übertretung des § 59 Abs. 2 in Verbindung mit § 367 Z. 19 GewO 1973 gemäß § 367 Z. 19 GewO 1973 über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von S 2.000,-- (im Uneinbringlichkeitsfall zwei Tage Ersatzarreststrafe) verhängt wurde.

Auf Grund des rechtzeitigen Einspruches des Beschwerdeführers gegen diese Strafverfügung erging das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 23. Februar 1989, dessen Spruch wie folgt lautete:

"Sie haben als gewerberechtlicher Geschäftsführer der A-Handelsges.m.b.H., Y, am 29.11.1988 von 8.00 Uhr bis 12.00

Uhr bei einem vor dem Feuerwehrzeughaus in Z abgestellten Lkw von Privatpersonen Bestellungen für Arbeitskleidung, Handwerkzeuge, Forstwerkzeuge, Elektrogeräte, Akku-Geräte, Autozubehör, Haushaltsgeräte etc. entgegengenommen und haben somit die Bestimmungen über das Sammeln und die Entgegennahme von Bestellungen nicht eingehalten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 59 Abs. 2 i.V.m. § 367 Z. 19 GewO 1973

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende

Strafe verhängt:

S 2.000,-- EA 2 Tage § 367 Z. 19 GewO 1973

Ferner haben sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

S 200,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 % der Strafe (je ein Tag Arrest wird gleich S 50,-- angerechnet)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe und Kosten) beträgt daher S 2.200,--. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen. (§ 67 VStG)."

Die vom Beschwerdeführer gegen dieses Straferkenntnis rechtzeitig erhobene Berufung wurde von der belangten Behörde abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt, wobei zur Begründung, nach Darstellung des Verfahrensganges und Zitierung der Bestimmung des § 59 Abs. 1 und 2 GewO 1973, im wesentlichen folgendes ausgeführt wurde:

Der Beschwerdeführer habe bei seiner Einvernahme vor der Bezirkshauptmannschaft Schärding am 22. Februar 1989 angegeben, daß die Kunden zu dem auf einem geeigneten Platz abgestellten LKW kämen, und dort dem Fahrer des Fahrzeuges die Bestellkarten übergäben. Es sei daher unbestritten, daß die Bestellungen außerhalb der Betriebsstätte oder Wohnung des Gewerbetreibenden entgegengenommen worden seien. Soweit der Beschwerdeführer vorbringe, daß er hauptsächlich Gewerbetreibende und Landwirte habe ansprechen wollen, welche gemäß §§ 55 und 56 GewO 1973 (bei Land- und Forstwirten mit Ausnahme bestimmter Artikel) überall zur Entgegennahme von Bestellung auf Waren aufgesucht werden dürften, sei auszuführen, daß der Beschwerdeführer gegenüber den erhebenden Gendarmerieorganen angegeben habe, die Kataloge samt Bestellscheinen seien mittels Postwurfes versandt worden. Daraus zeige sich, daß der Beschwerdeführer keinerlei Maßnahmen ergriffen habe, um den Kundenkreis auf selbständig Erwerbstätige oder Land- und Forstwirte zu beschränken. Auch sei auf dem in den Katalogen befindlichen Bestellformular bei den von den Bestellern auszufüllenden Personalien an erster Stelle "privat" und erst danach Landwirte und Handwerker angeführt. Daraus gehe ebenfalls die Absicht des Beschwerdeführers hervor, jedenfalls auch Bestellungen von Privatpersonen entgegenzunehmen. Soweit in der Berufung angeführt sei, daß die Bestimmung des § 59 GewO 1973 verfassungswidrig sei, sei auf den Gesamtzusammenhang zu verweisen, in welchem die genannte Bestimmung über die Gewerbeausübung stehe. Danach sei eine derartige Erwerbseinschränkung zum Schutze der Kunden vor einer Übervorteilung und der Gewerbetreibenden vor unlauterem Wettbewerb berechtigt. Im Hinblick auf den Stufenbau der Rechtsordnung wäre diese in Geltung befindliche Gesetzesbestimmung aber selbst dann anzuwenden, wenn in bezug auf ihre Verfassungsmäßigkeit Bedenken bestünden. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei somit als erwiesen anzusehen. Der Beschwerdeführer habe keine Gründe vorgebracht, die sein Verschulden als geringfügig darstellen könnten. So sei auch der Umstand nicht als mildernd zu werten, daß diese Art der Bestellannahme nur ein "Verkaufsversuch" des Beschwerdeführers gewesen sei, da sehr wohl eine Bestellannahme erfolgt sei, sodaß die Tat "in rechter Hinsicht" nicht beim Versuch geblieben sei. Die verhängte Geldstrafe sei daher dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessen, wobei mildernd die bisherige Unbescholtenheit des Beschwerdeführers, erschwerend kein Umstand zu werten gewesen sei. Die Strafhöhe, die ohnedies lediglich ein Zehntel des Strafrahmens des § 367 GewO 1973 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung ausschöpfe, sei dem Beschwerdeführer bei einem von ihm nicht in Abrede gestellten monatlichen Einkommen in Höhe von ca. S 15.000,-- und Sorgepflichten für seine Gattin und zwei Kinder sowie fehlendem Vermögen auch wirtschaftlich zuzumuten.

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:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, nicht der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides sowie einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, die von der "A-Handelsgesellschaft m. b.H." ausgesandten Kataloge hätten nicht Privatpersonen, sondern Landwirte und auch Gewerbetreibende als Kunden angesprochen. Daß ungewollt auch Privatpersonen in den Besitz der ausgesandten Kataloge gekommen seien, sei nicht in der Absicht des gewerberechtlichen Geschäftsführers gelegen gewesen. Es habe hiezu die belangte Behörde in ihrem Ermittlungsverfahren auch keinerlei Erhebungen oder Feststellungen gepflogen, sondern sie sei lediglich von der Vermutung ausgegangen, daß diese ausgesandten Kataloge generell an Haushalte, somit in erster Linie an Privatpersonen, ergangen seien. Im angefochtenen Bescheid führe die belangte Behörde aus, daß der Beschwerdeführer keinerlei Maßnahmen ergriffen hätte, um den Kundenkreis auf selbständig Erwerbstätige oder Land- und Forstwirte zu beschränken. Auch wäre auf dem in den Katalogen befindlichen Bestellformular bei den von den Bestellern auszufüllenden Personalien an erster Stelle "Private" und erst danach Landwirte und Handwerker angeführt. Daraus ziehe die belangte Behörde den unzulässigen Schluß, daß es die Absicht des Beschwerdeführers gewesen sei, jedenfalls auch Bestellungen von Privatpersonen entgegenzunehmen. Richtigerweise hätte die Behörde vielmehr bedenken müssen, daß durch die Art der Gestaltung der Bestellkarte es dem Beschwerdeführer möglich gewesen sei, Privatpersonen und somit jenen Personenkreis, von dem gemäß § 59 Abs. 1 GewO Bestellungen in der gegenständlichen Weise entgegengenommen werden dürfen, zu erkennen, und so einen Verstoß gegen die Gewerbeordnung hintanzuhalten. In diesem Zusammenhang habe die belangte Behörde keinerlei wie immer geartete Erhebungen vorgenommen, sondern lediglich Schlüsse gezogen, für die keinesfalls auf Grund der gepflogenen Erhebungen ausreichende Grundlagen vorhanden (gewesen) seien. Die ausgesandten Kataloge hätten nicht Privatpersonen, sondern in erster Linie Landwirte und auch Gewerbetreibende angesprochen. Sollten zufällig und von ihm unbeabsichtigt auch Privatpersonen in den Besitz der Kataloge und damit Bestellkarten gelangt sein, sei dies von ihm verwaltungsstrafrechtlich nicht zu vertreten und es könne ihm auch nicht zugemutet werden, die Besteller dahingehend zu überprüfen, ob sie tatsächlich Landwirte oder Gewerbetreibende seien und nicht etwa Privatpersonen. Ihm die Pflicht aufzuerlegen, die bestellenden Personen jeweils zu überprüfen, ob sie nicht etwa Privatpersonen seien, sei unzumutbar und stelle eine vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigte Einschränkung der Berufsausübung dar. Die von der belangten Behörde vorgenommene Beweisaufnahme stelle sich als "völlig unzureichend dar, und gründet sich der wesentliche Kern" des angefochtenen Bescheides auf die Vermutung der Behörde, daß Bestellungen von Privatpersonen entgegengenommen worden seien. Ein konkreter Vorwurf, von welchen namentlich genannten Privatpersonen Bestellungen entgegengenommen worden sein sollten, liege nicht vor. Lediglich allgemeine Anschuldigungen, daß er Bestellungen von Privatpersonen entgegengenommen hätte, würden erhoben. Die belangte Behörde sei jedenfalls verpflichtet gewesen, konkrete Privatpersonen ausfindig zu machen, die tatsächlich in der angenommenen Weise an ihn bzw. den LKW-Fahrer Bestellungen übergeben hätten. Die von der Behörde ausgesprochene Vermutung, daß der im Gesetz als unzulässig umschriebene Tatbestand verwirklicht worden sei, reiche nicht aus, um ihn in der gegenständlichen Weise verwaltungsstrafrechtlich zu belangen. Es bedürfe daher der von der Behörde lediglich angenommene Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung. Auch sei die Beweisaufnahme durch die Behörde derart mangelhaft erfolgt, daß kein einziger konkreter Fall erhoben worden sei, in dem er Bestellungen von Privatpersonen entgegengenommen habe. Die Behörde sei jedenfalls verpflichtet gewesen, Privatpersonen zu erheben und festzustellen, von denen er tatsächlich Bestellungen entgegengenommen habe. Der Schluß der Behörde, daß schon der Katalog hauptsächlich Privatpersonen ansprechen werde und daher schon der strafbare Tatbestand zweifellos erfüllt sei und keiner näheren Begründung bedürfe, sei jedenfalls völlig unzulässig und stehe nicht im Einklag mit dem von der Behörde völlig unzulänglich geführten Ermittlungsverfahren. Es hätte also das Verwaltungsverfahren im Punkt des konkreten Vorwurfes, an welche Personen oder von welchen Personen Bestellungen entgegengenommen worden sein sollten, einer Ergänzung bedurft. Auch hätte bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift, daß der gesamte Sachverhalt von der belangten Behörde von Amts wegen umfassend und erschöpfend zu erheben ist, "zu einem anderen Bescheid führen können". Zur Gesetzesstelle des § 59 Abs. 1 GewO sei noch auszuführen, daß diese in verfassungswidriger Weise ein generelles Berufsausübungsverbot ausspreche, indem

angeordnet werde, daß alle Arten der Entgegennahme von Bestellungen verboten seien, außer jenen, die vom Gesetz ausdrücklich erlaubt würden. Durch diese Art der Normengebung werde gegen den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgrundsatz verstoßen, daß der Gesetzgeber nicht generell alles verbieten dürfe, mit Ausnahme jener Tatbestände, die er ausdrücklich genehmige. Das im § 59 Abs. 2 GewO normierte generelle Verbot stelle daher eine verfassungswidrige Gesetzesbestimmung dar. Außerdem verletzte der § 59 GewO in seiner gegenwärtigen Fassung "das verfassungsmäßig garantierte Recht auf Freiheit der Berufsausübung", da, wie bereits ausgeführt, ein generelles Verbot ausgesprochen werde und nicht, wie es verfassungskonform wäre, einzelne konkrete Tatbestände als verboten dargestellt würden und nicht ausdrücklich verbotene Formen der Berufsausübung normiert seien. Er rege daher an, der Verwaltungsgerichtshof möge im Sinne des Art. 140 Abs. 1 B-VG den Antrag an den Verfassungsgerichtshof auf Überprüfung der Verfassungsgemäßheit des § 59 GewO im Sinne seiner obigen Ausführung stellen.

Dem Beschwerdevorbringen kommt schon aufgrund folgender Überlegungen Berechtigung zu:

§ 59 Abs. 1 und 2 GewO 1973 lauten:

"(1) Bestellungen auf Waren von Privatpersonen dürfen nur entgegengenommen werden

1. In den Betriebsstätten oder der Wohnung des Gewerbetreibenden,

2. auf Messen, messeähnlichen Veranstaltungen, Märkten und marktähnlichen Veranstaltungen,

3. anläßlich des gemäß §§ 57 und 58 zulässigen Sammelns von Bestellungen und

4. bei Vorführungen von Modewaren (Modellen) oder Luxusartikeln vor einem geladenen Publikum, soweit es sich um solche Waren handelt.

(2) In allen anderen Fällen als den in Abs. 1 genannten Fällen, insbesondere auf der Straße, ist die Entgegennahme von Bestellungen auf Waren von Privatpersonen unzulässig. Eine unzulässige Entgegennahme von Bestellungen liegt auch vor, wenn die während einer Werbeveranstaltung von den Veranstaltungsbesuchern ausgefüllten Bestellscheine von einem Dritten zur Weiterleitung an den Gewerbetreibenden übernommen werden."

Gemäß § 367 Z. 19 GewO 1973 - in der für die Beurteilung des vorliegenden Falles und unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 2 VStG 1950 in Ansehung der Obergrenze der im angefochtenen Bescheid verhängten Geldstrafe maßgebenden Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle 1988, BGBl. Nr. 399, - begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu S 20.000,-- oder mit einer Arreststrafe bis zu vier Wochen zu ahnden ist, wer die Bestimmungen über das Sammeln und die Entgegennahme von Bestellungen (§§ 54 bis 59, 61, 115 Abs. 3 und 4 und 240) oder die Bestimmungen der auf Grund der §§ 54 Abs. 2 oder 57 Abs. 2 erlassenen Verordnungen nicht einhält, wenn nicht der zweite oder dritte Tatbestand des § 368 Z. 6 gegeben ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9. September 1986, Zl. 86/04/0040, unter Bezugnahme auf die dort angeführte Vorjudikatur u.a. dargelegt hat, ergibt sich aus der Einordnung der Bestimmung des § 59 im 7. Abschnitt ("Ausübung von Gewerben") des I. Hauptstückes der Gewerbeordnung 1973, daß - abgesehen von den Fällen der im Abs. 1 Z. 3 dieses Paragraphen bezeichnenden §§ 57 und § 58 GewO 1973 - Täter einer Übertretung nach § 367 Z. 19 in Verbindung mit dem § 59 GewO 1973 nur der - ENTSPRECHEND BEFUGTE - Gewerbetreibende selbst sein kann.

Nach § 31 Abs. 1 VStG 1950 ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen der Verjährungsfrist von der Behörde keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 31 Abs. 2 leg. cit. - abgesehen von im gegebenen Zusammenhang nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen - sechs Monate. Gemäß § 32 Abs. 1 VStG 1950 ist Beschuldigter die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person, von dem Zeitpunkt der ersten von der Behörde gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung bis zum Abschluß der Strafsache. Nach der Anordnung des § 32 Abs. 2 VStG 1950 ist Verfolgungshandlung jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Auftrag zur Ausforschung, Strafverfügung udgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

Die Worte "gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten" schließen nach der Definition des § 32 Abs. 1 VStG 1950 in sich, daß die gegen die betreffende Person gerichtete Amtshandlung eine bestimmte Verwaltungsübertretung (oder

mehrere bestimmte Verwaltungsübertretungen) zum Gegenstand haben muß; insofern muß sich die Amtshandlung auf alle einer späteren Bestrafung zugrundeliegenden Sachverhaltselemente beziehen. (Vgl. hiezu das Erkennntis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. September 1984, Slg. N.F. Nr. 11.525/A).

Wie oben ausgeführt, kann Täter einer Verwaltungsübertretung nach § 367 Z. 19 i.V.m. § 59 GewO 1973 nur der entsprechend befugte Gewerbetreibende selbst sein.

Im Beschwerdefall weisen nach der Lage der Akten des Verwaltungsstrafverfahrens weder die Strafverfügung der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 20. Dezember 1988 noch die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30. Jänner 1989, deren Tatumschreibung mit der Tatumschreibung der genannten Strafverfügung identisch ist, die zur Eignung einer dem Gesetz entsprechenden Verfolgungshandlung - in Ansehung des vorerörterten Tatbestandsmerkmales "befugter Gewerbetreibender" - erforderlichen Merkmale auf. Anläßlich der Vernehmung des Beschwerdeführers als Beschuldigter vor der Bezirkshauptmannschaft Schärding am 22. Februar 1989 wurde, wie aus der Niederschrift hierüber hervorgeht, hinsichtlich der Tatumschreibung lediglich auf die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30. Jänner 1989 verwiesen.

Aber auch das - innerhalb der Verjährungsfrist des § 31 Abs. 1 VStG 1950 erlassene - Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 23. Februar 1989 trägt hinsichtlich der Tatumschreibung den gesetzlichen Erfordernissen im oben erörterten Sinne nicht Rechnung.

Schon im Hinblick auf diese Erwägungen ergibt sich aber zufolge Nichtbeachtung der angeführten Bestimmungen über die Verfolgungsverjährung die inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, was gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG zu seiner Aufhebung zu führen hatte, ohne daß es einer weiteren Erörterung des Beschwerdevorbringens bedurfte.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft den über den gesetzlich pauschalierten Aufwandersatzbetrag für den Beschwerdeschriftsatz hinausgehenden, für "20 % Ust."

angesprochenen Betrag.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1990:1989040255.X00

**Im RIS seit**

30.10.1990

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at