

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/7/1 96/04/0102

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 01.07.1997

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

ABGB §1175;

GewO 1994 §1 Abs2;

GewO 1994 §1 Abs3;

GewO 1994 §124 Z9;

GewO 1994 §142;

GewO 1994 §366 Abs1 Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte Dr. Gruber und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerde des J in O, vertreten durch Dr. W, Rechtsanwalt in B, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 13. März 1996, Zl. VwSen-221154/13/Ga/La, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1994, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried i.l. vom 30. November 1994 wurde der Beschwerdeführer wie folgt schuldig erkannt:

"Sie haben im Standort O am 5.7.1994 um 22.15 Uhr an 20 Gäste des Lokales "E" insgesamt 2 Halbe Bier, 3 Cola und 15 Gespritzte sowie am 8.7.1994 um 21.00 Uhr an 15 Gäste des Lokales "E" insgesamt 2 Pizza, 1 Port. Rettich und 1 Essigwurst entgeltlich verabreicht sowie 4 Halbe Bier, 2 Spezi, 2 Mineralwasser, 3 Radler und 3 Cola entgeltlich ausgeschenkt, da Sie laut Speisenkarte bzw. Getränkekarte für 1 Pizza S 70,-- Essigwurst S 45,--, Bier 0,5 S 28,--, Radler S 22,--, Wein 1/8 S 18,--, Soda 1/4 S 13,-- und Limos 1/4 S 20,-- verlangten. Sie haben daher im angeführten Standort regelmäßig und auf eigene Rechnung und Gefahr das gebundene Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ausgeübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben."

Der Beschwerdeführer habe hiedurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 i.V.m.

§ 142 Abs. 1 Z. 2 bis 4 GewO 1994 begangen und es wurde hiefür über ihn eine Geldstrafe in Höhe von S 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 5 Tage) verhängt.

Einer vom Beschwerdeführers dagegen erhobenen Berufung gab der unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich mit der Maßgabe keine Folge, daß die für die Strafverhängung angewendete Gesetzesbestimmung zu lauten habe: "Gemäß § 366 Abs. 1 Einleitung GewO 1994". Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, zutreffend habe schon die Behörde erster Instanz dem Straferkenntnis zugrunde gelegt, daß die Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Recht als solche nicht gewerbefähig sei. Nur den (im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähigen) Mitgliedern seien die in dieser bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft besorgten Tätigkeiten gewerbefähig zuzurechnen. Das habe die prinzipielle Konsequenz, daß in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sämtliche Mitglieder eine Gewerbeberechtigung benötigten. Der vom Beschwerdeführer eingewendete, von ihm gemeinsam mit W. schon im Juli 1990 geschlossene und zur Tatzeit zwischen ihnen mit demselben Inhalt noch aufrecht gewesene Gesellschaftsvertrag weise in geradezu klassischer Weise die Merkmale einer solchen Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf. So gehe schon zufolge eindeutigen Wortlauts aus Punkt 1. der vom Beschwerdeführer über Aufforderung des unabhängigen Verwaltungssenates vorgelegten "Vertrags-Note" der Gesellschaftszweck, nämlich die "Führung des Gastgewerbebetriebes "Gasthaus H", ..., unter diesem Standort" hervor. Das Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat habe nicht den geringsten Zweifel an diesem Gesellschaftszweck zu Tage gebracht. Aber auch der sonstige Vertragsinhalt unterstütze dieses Ergebnis eindeutig. Der Hinweis des Beschwerdeführers 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, hindere weder die Einordnung der gegenständlichen Gesellschaft als solche nach bürgerlichem Recht noch werde dadurch der vereinbarte Gesellschaftszweck widerlegt. Dasselbe gelte für die weitere, angesichts des eindeutig festgelegten Vertragszweckes nahezu mutwillige Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich "ausschließlich" auf die Eigentumsverhältnisse (Nutzungsrecht am Objekt) bezögen. Beide Mitglieder dieser zur Führung des Gastbetriebes gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts müßten zur Ausübung des gebundenen Gastgewerbes in der erforderlichen Weise berechtigt sein. Für die Tatzeit des Schuldspruches habe der Beschwerdeführer erwiesenmaßen eine solche Berechtigung, obwohl Mitglied dieser Gesellschaft, nicht gehabt. Der Beschwerdeführer verweise auch auf entsprechende Auskünfte "einerseits der Kammer der gewerblichen Wirtschaft, andererseits der Landesregierung für Oberösterreich". Damit werde zwar nicht ausdrücklich, so doch immerhin erschließbar, ein die Schuld ausschließender Rechtsirrtum, genauer Irrtum über die Rechtswidrigkeit, geltend gemacht, mit dem der Schuldvorwurf jedoch nicht abgewendet werden könne. Von einer unverschuldet irrgen Auslegung durch den Beschwerdeführer zufolge erteilter, jedoch unrichtiger Auskunft durch die Behörde oder eine sonstige Stelle könne nicht die Rede sein. Es sei nämlich schon die - richtige - Auskunft durch die zuständige Behörde dadurch erteilt worden, daß ihm aus dem mit einem gleichgelagerten Tatvorwurf ihn selbst betreffenden Strafverfahren die Rechtsirrigkeit seiner Gesetzesauslegung unmißverständlich bedeutet worden sei. Es wäre abwegig im Lichte des § 5 Abs. 2 VStG und der hiezu ergangenen Judikatur, diese eindeutige Auskunft im Wege einer von vornherein somit obsolet gewesenen Anfrage an eine (in dieser Konstellation) unzuständige Behörde oder an die gesetzliche Interessenvertretung "konterkariern" zu wollen. Davon abgesehen stelle die Erwähnung von Auskünften durch die Interessenvertretung bzw. die Landesregierung in der Berufungsschrift nur eine völlig unspezifizierte Behauptung dar. So sei weder angegeben, wann die Auskünfte erbeten bzw. wann und von welchem Organ sie erteilt worden seien. Irgendein konkreter Wortlaut weder der Anfrage noch jener der erteilten Auskünfte sei nicht dargetan worden. Der unabhängige Verwaltungssenat habe daher unter Fristsetzung dem Beschwerdeführer unter ausdrücklichem Hinweis auf dessen Mitwirkungspflicht im Verwaltungsstrafverfahren aufgetragen, zur Bekräftigung seines Vorbringens (u.a.) die Anfragen an die Wirtschaftskammer Oberösterreich und an die O.ö. Landesregierung sowie deren Antworten in Wortlaut vorzulegen. Mit dem Inhalt seines hiezu erstatteten Antwortschreibens entsprach der Beschwerdeführer dieser Aufforderung nicht. Der unabhängige Verwaltungssenat legt daher für die rechtliche Beurteilung des Verschuldens in diesem Fall zugrunde, "daß schriftlich formulierte solche Anfrage 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. ... (samt  
der diesbezüglich vertretenen h. Rechtsauffassung) nicht offengelegt worden sind"

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens mit dem Antrag auf Zuspruch des Vorlageaufwandes vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht wegen der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. Er bringt hiezu im wesentlichen vor, er habe immer ausdrücklich darauf hingewiesen, daß seine Tätigkeit, nämlich die Führung des Gewerbebetriebes mit dem (näher bezeichneten) Standort nicht auf eigene Rechnung und Gefahr erfolgt sei, sondern er diese Führung auf Rechnung und Gefahr des Betriebsstätten-Leiters W. durchgeführt habe. Er selbst sei nur freiberuflicher Betriebsstätten-Geschäftsführer gewesen. Wenn ihm die belangte Behörde vorwerfe, daß nicht einmal ein Dienstvertrag bestanden habe, was eben auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinweise, so müsse dieser Ansicht der belangten Behörde entgegengetreten werden, daß der Dienstvertrag deshalb nicht habe bestehen können, weil der Beschwerdeführer Mieter des gegenständlichen Objekts und daher eine Anmeldung als Dienstnehmer nicht möglich gewesen sei. Es habe daher nur die Form gewählt werden können, daß der Beschwerdeführer für den Betriebsstätten-Leiter W. als freier Betriebsstätten-Geschäftsführer tätig geworden sei. Diese Aussage des Beschwerdeführers werde von der belangten Behörde in keiner Weise gewürdigt. Sie stütze den Bescheid lediglich auf die für die belangte Behörde erwiesene Tatsache, daß hinsichtlich der Führung des Gewerbebetriebes eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden habe. Auf die Aussage des Beschwerdeführers, daß das Gewerbe auf Rechnung und Gefahr des W. geführt worden sei, gehe sie nicht ein. Vielmehr lasse sie sich von der Aussage der Bezirkshauptmannschaft Ried i.l. leiten, daß ein Beweis, nämlich daß der Betrieb nicht auf Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers geleitet worden sei, nicht vorliege. Die Behörde habe es aber unterlassen, einen konkreten Beweis dahingehend zu erbringen, daß der Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr des Beschwerdeführers geleitet worden sei. Ein solcher Beweis habe auch nicht erbracht werden können. Wenn von der Bezirkshauptmannschaft Ried als zusätzliche Stellungnahme noch angemerkt werde, daß aus der Vereinbarung in der Note vom 10. Juli 1990, in der festgehalten werde, daß der Beschwerdeführer die überwiegende Zeit im Betrieb zu verbringen habe, sowie aus einem weiteren Aktenvermerk, in dem festgestellt werde, daß der Beschwerdeführer auch die Bestellungen getätigt habe, sich schließen lasse, daß der Gewerbebetrieb einzig und allein auf seine Rechnung ausgeübt worden sei, so müsse der Behörde Realitätsfremde entgegengehalten werden. Wofür sonst würde ein Geschäftsführer bestellt werden, als daß er eben seine Zeit überwiegend im Betrieb verbringe und wo er auch die Tätigkeiten eines Geschäftsführers, wozu selbstverständlich der Einkauf von Waren gehöre, durchführe. Weiters werde dem Beschwerdeführer seine eigene Aussage, nämlich er habe sich selbst eine Arbeitsstelle geschaffen, vorgeworfen und wiederum dahingehend gewertet, daß er selbst Gewerbetreibender gewesen wäre. Bei richtiger Betrachtung der Aussage des Beschwerdeführers müsse wohl selbst die belangte Behörde dem Beschwerdeführer zustimmen, daß er sich selbst eine Arbeitsstätte geschaffen habe, nämlich indem er als Mieter des (näher bezeichneten) Objektes dieses dem Betriebsstätten-Leiter W. zur Verfügung gestellt und dieser ihn dann "als freiberuflichen Geschäftsführer anstelle". "Nichts desto trotz hat er nicht auf eigene Rechnung und Gefahr gearbeitet, sondern war eben nur freiberuflicher Mitarbeiter." Der Beschwerdeführer habe vor dem Jahr 1990 drei Jahre in der BRD gearbeitet und sei dort als selbständiger Gastwirt tätig gewesen. Auf Grund dieser seiner langjährigen Tätigkeit als selbständiger Gastwirt sei er der Ansicht, daß er bereits einen Rechtsanspruch zur Ausübung des Gewerbes erlangt habe. Trotz dieser seiner Ansicht habe er es nicht unterlassen, sich nach den österreichischen Bestimmungen hinsichtlich der Ausübung eines Gewerbes rechtskundig zu machen. Es sei ihm von der O.ö. Landesregierung und auch von der Kammer der gewerblichen Wirtschaft auf seine Anfrage hin mitgeteilt worden, daß ausschlaggebend für die gewerbliche Tätigkeit sei, auf wessen Rechnung und Gefahr die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt werde. Es sei ihm klar, daß er nach den österreichischen Bestimmungen nicht selbst Gewerbetreibender habe sein können. Auf Grund seiner Fähigkeiten aus seiner Tätigkeit in der BRD sei er aber bestrebt gewesen, in diesem Beruf weiterzuarbeiten. Er habe daher die Gelegenheit, freiberuflicher Betriebsstätten-Geschäftsführer zu werden, wahrgenommen, dies nach Abklärung der rechtlichen Lage mit der O.ö. Landesregierung sowie der Kammer der gewerblichen Wirtschaft. Wenn dem Beschwerdeführer nunmehr vorgeworfen werde, er könne weder ein Schreiben vorweisen, welches die Auskünfte der

O.ö. Landesregierung bzw. der Wirtschaftskammer belegten, noch könne er angeben, wann diese mündlichen Auskünfte erteilt worden seien, müsse wiederum auf die Realitätsfremde der belangten Behörde verwiesen werden. Der Beschwerdeführer sei bestrebt gewesen, über seine rechtlichen Belange informiert zu werden. Es sei ihm nicht in den Sinn gekommen, für ein eventuelles späteres Strafverfahren, mit dem er niemals habe rechnen können, zu erfragen, mit wem er gesprochen habe bzw. sich das Datum des Gespräches zu notieren. Wenn die belangte Behörde ihm vorwerfe, spätestens nach Zustellung des Straferkenntnisses habe der Beschwerdeführer von der Unrechtmäßigkeit seiner Tätigkeit gewußt, so verantworte sich der Beschwerdeführer dahingehend, "daß er von der Rechtmäßigkeit seiner Tätigkeit überzeugt war und ist". Er habe niemals auf eigene Rechnung und Gefahr "geantwortet", und habe daher auch nicht einsehen können, warum ihm nunmehr die belangte Behörde dies vorwerfe. An seiner Tätigkeit als freiberuflicher Betriebsstätten-Geschäftsführer sei rechtlich nichts auszusetzen. Er habe immer nur annehmen können, daß die Behörden in einem Irrtum über den wahren Sachverhalt befangen gewesen seien. Keinesfalls könne daher dem Beschwerdeführer Vorsatz, geschweige denn Vorsatz in der Ausprägung der Wissentlichkeit vorgeworfen werden. Wäre sich der Beschwerdeführer seiner Schuld bewußt gewesen, hätte er sich wohl der hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Taten, nämlich Ausschank von Getränken und Verabreichung von Speisen, verantwortet. Er sei sich aber über die Rechtmäßigkeit seiner Tätigkeit so sicher gewesen, daß er diesbezüglich gar keine Einwendungen gemacht habe.

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

Die belangte Behörde geht im Ergebnis davon aus, daß der vom Beschwerdeführer und W. geschlossene Vertrag die Merkmale eines Gesellschaftsvertrages nach bürgerlichem Recht aufweist, die vom Beschwerdeführer zu verrichtende Tätigkeit somit die Erfüllung einer aus dem Gesellschaftsvertrag sich ergebenden Verpflichtung darstellt. Daß diese Auffassung unzutreffend wäre, ist auch vor dem Hintergrund des Beschwerdevorbringens nicht zu finden. Wenn der Beschwerdeführer meint, er sei (nur) als "freiberuflicher Geschäftsführer" tätig geworden, so wird damit gerade zum Ausdruck gebracht, daß ein Angestelltenverhältnis eben nicht vorliegt, also kein Anhaltspunkt dafür besteht, die Wertung seiner Tätigkeit als selbständige auszuschließen. Die Betätigung des Gesellschafters (und zwar selbst dann, wenn dessen Verlusthaftung ausgeschlossen ist) innerhalb des Betriebes, dessen Führung Zweck der Gesellschaft ist, stellt eine selbständige, regelmäßige, entgeltliche, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit dar. Dieser Gesellschafter bedarf daher einer entsprechenden Gewerbeberechtigung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 1956, Zl. 3075/54; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 14. Jänner 1964, Slg. N.F. Nr. 6201/A).

Der Beschwerdeführer vermag aber auch mit seinem Vorbringen hinsichtlich des (behaupteten) Rechtsirrtums eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun. Im Beschwerdefall war nämlich dem Beschwerdeführer unbestritten die Rechtsansicht der zuständigen Behörde bekannt, für die inkriminierte Tätigkeit einer Gewerbeberechtigung zu bedürfen. Ob in Ansehung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Auskünfte der O.ö. Landesregierung und der Kammer der gewerblichen Wirtschaft ein entschuldbarer Rechtsirrtum allenfalls vorliegt (und nicht im Hinblick auf widersprechende Rechtsauskünfte ein Zweifelsfall gegeben wäre, der den Beschwerdeführer zu weiteren Erkundigungen verpflichtet hätte), kann im Beschwerdefall schon deshalb dahingestellt bleiben, weil die belangte Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung davon ausging, daß derartige (der Rechtsauffassung der zuständigen Behörde widersprechende) Auskünfte gar nicht erteilt worden seien. Daß dieser Schluß unzulässig gewesen wäre, ist angesichts der vom Beschwerdeführer bloß ganz allgemeinen Behauptung des Vorliegens solcher Auskünfte und seiner mangelnden Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes, wie in der Begründung des angefochtenen Bescheides aufgezeigt wird, nicht zu finden.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VerordnungBGBI. Nr. 416/1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1996040102.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**Zuletzt aktualisiert am**

11.06.2012

**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)