

TE Vwgh Erkenntnis 1991/4/23

88/04/0111

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.04.1991

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

ABGB §1002;

GewO 1973 §1 Abs2;

GewO 1973 §1 Abs3;

GewO 1973 §126;

GewO 1973 §366 Abs1 Z1;

GewO 1973 §5 Abs1 Z1;

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 Salzburg vom 29. März 1988, Zl. 5/01-13.710/12-1988, 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 11.600,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehr wird abgewiesen.

Begründung

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Salzburg vom 12. März 1987 wurde der Beschwerdeführer wie folgt schuldig erkannt:

"Sie haben in der Zeit vom 5.5.1986 bis 20.5.1986 im X-Reisebüro Salzburg 374 Eintrittskarten für Veranstaltungen der Salzburger Festspiele 1986 erworben und diese Karten gegen Entgelt wieder veräußert und damit das Gewerbe Theaterkartenbüro im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausgeübt, ohne in gewerberechtlicher Hinsicht hiezu befugt gewesen zu sein."

Der Beschwerdeführer habe hiedurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Z. 1 Gewerbeordnung 1973 begangen und es werde hiefür über ihn gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 eine Geldstrafe in der Höhe von S 30.000,-- (im Uneinbringlichkeitsfall 42 Tage Ersatzarreststrafe) verhängt.

Einer gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung des Beschwerdeführers gab der Landeshauptmann von Salzburg mit Bescheid vom 29. März 1988 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 und § 51 VStG 1950 insofern Folge, als die verhängte Geldstrafe von S 30.000,-- auf S 25.000,-- und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzarreststrafe in der Dauer von 42 Tagen auf die Dauer von 35 Tagen herabgesetzt wurden, wobei der Schulterspruch des Bescheides wie folgt lautete:

"Herr N ist schuldig, am 5.5.1986, am 6.5.1986 sowie am 14.5. und 20.5.1986 in Salzburg, im X-Reisebüro Salzburg, 374 Eintrittskarten für Veranstaltungen der Salzburger Festspiele 1986 erworben und diese Karten gegen Entgelt an das 'Reisebüro Z' in Y veräußert und damit das freie Gewerbe 'Theaterkartenbüro' im eigenen Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt zu haben, ohne ihm Besitze der hiefür erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen zu sein."

Herr N hat dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 i.Z.m. § 5 Z. 1 GewO 1973 begangen."

Dieser Bescheid wurde im wesentlichen - nach Darstellung des Verfahrensganges und Zitierung der Bestimmung des § 1 Abs. 2 GewO 1973 - wie folgt begründet:

Auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers habe die belangte Behörde zu prüfen gehabt, ob die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit auf die dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfene Tätigkeit zuträfen. Zunächst sei jedoch zum Berufungsantrag des Beschwerdeführers, Herrn B sowie den Inhaber des Reisebüros Z, Herrn Z, im gegenständlichen Verfahren als Zeugen einzuvernehmen, festzustellen, daß die beiden genannten Personen in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft seien, sodaß eine Vernehmung der namhaft gemachten Zeugen vor der belangten Behörde nicht möglich sei. Ebenso bestehe zwischen der Salzburger Landesregierung und der Bayrischen Landesregierung bzw. der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland in Angelegenheiten des Verwaltungsstrafrechtes diesbezüglich kein Rechtshilfeabkommen, weshalb eine Vernehmung der genannten Zeugen vor einer ausländischen Behörde "nur unter erschwerten Bedingungen" möglich gewesen sei. Da jedoch bei der Staatsanwaltschaft Traunstein auf Grund einer Strafanzeige von Herrn Z gegen Herrn B ein strafgerichtliches Verfahren - Gegenstand dieses Verfahrens sei u.a. die finanzielle Schädigung des Reisebüros Z durch den Ankauf der besagten Festspielkarten - anhängig sei, seien von dieser Abschriften der von Herrn Z sowie Herrn B in diesem Verfahren abgegebenen Aussagen angefordert worden. Auf Grund des vorliegenden Ermittlungsergebnisses sowie der Stellungnahmen des Beschwerdeführers sei unbestritten, daß dieser am 5. Mai, am 6. Mai und am 14. Mai sowie am 20. Mai 1986 vom X-Reisebüro insgesamt 374 Festspielkarten im Wert von S 413.760,-- gekauft und diese Karten an das Reisebüro Z weitergegeben habe. Zweifelsfrei treffe auf diese vom Beschwerdeführer durchgeführte Tätigkeit das Merkmal der Regelmäßigkeit im Sinne der obzitierten Gesetzesbestimmung zu. Ebenso habe dieser, ungetacht dessen, daß der Beschwerdeführer offensichtlich die Kartenkontingente im Auftrag von Herrn B erworben habe, selbständig, d.h. auf eigene Rechnung und Gefahr, gehandelt, zumal er sich durch die Weiterveräußerung der Festspielkarten durch das Reisebüro Z laut seinen eigenen Angaben eine entsprechende Steigerung von Hotelbuchungen durch Festspielbesucher erwartet habe, was wiederum für seine eigene berufliche Tätigkeit im "Hotelmanagement" von wesentlicher Bedeutung gewesen sei. Weiters habe durch Erhebungen festgestellt werden können, daß der Beschwerdeführer bei der Salzburger Gebietskrankenkasse nicht als Angestellter gemeldet sei, sodaß davon auszugehen sei, daß er selbständig tätig sei. Dagegen treffe es zu, daß sich aus dem vorliegenden Ermittlungsergebnis kein eindeutiger Nachweis darüber ergebe, daß der Beschwerdeführer die besagten Festspielkarten zu überhöhten Preisen an das Reisebüro Z weitergegeben bzw. von diesem ein Entgelt für den Kauf der Karten erhalten habe. Dennoch liege im gegenständlichen Fall das Merkmal der Gewinnabsicht vor. So sei nach der Rechtsprechung die Gewerbsmäßigkeit auch dann gegeben, wenn die unbefugte Gewerbeausübung in der Absicht erfolge, einen sonstigen, insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, zu erzielen. Da der Beschwerdeführer durch den Verkauf der Festspielkarten Abschlüsse für Hotelbuchungen erzielt habe bzw. die ihm vorgeworfene Tätigkeit in der Absicht ausgeübt habe, dadurch die Anzahl der Hotelbelegungen zu erhöhen, habe er zumindestens für seine berufliche Tätigkeit in der Touristikbranche aus seinem Verhalten einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil gezogen. Wie vom Beschwerdeführer angegeben werde, sei er in seinem Beruf mit Hotelbelegungen befaßt. Seine Behauptung, er habe für die Hotelbelegungen keine Bezahlung erhalten, widerspreche

eindeutig den Erfahrungen des täglichen Lebens. So erscheine die Annahme, der Beschwerdeführer hätte von den diversen Hotelunternehmungen für die von ihm vermittelten Hotelbuchungen kein Entgelt oder keine Provisionen erhalten, als unrealistisch, zumal die Anbahnung von Hotelbuchungen, wie er selbst zugebe, zu seinem Aufgabenbereich gehöre, er selbständig in der Touristikbranche tätig sei und ein monatliches Nettoeinkommen von S 35.000,-- beziehe. Zusammenfassend sei daher festzustellen, daß der Beschwerdeführer die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung zu verantworten habe, wobei ihm zumindestens fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen sei. Dies deshalb, da er auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit verpflichtet gewesen sei, sich über die seinen Beruf betreffenden einschlägigen gewerberechtlichen Vorschriften zu informieren und im Zweifelsfalle bei der Behörde anzuhören. Dies habe der Beschwerdeführer jedoch unterlassen. Dagegen sei der dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfene Tatzeitraum auf Grund der Zeugenaussage von Frau C, wonach dieser die Festspielkarten beim X-Reisebüro lediglich am 5. Mai, 6. Mai und 14. Mai sowie 20. Mai 1986 gekauft habe, auf diese Tage einzuschränken und in Anbetracht dessen auch die Strafhöhe entsprechend herabzusetzen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich in dem Recht verletzt, "da er einer Übertretung für schuldig erkannt und deswegen bestraft wurde, welche er gemäß Beschwerdevorbringen nicht begangen hat und darüber hinaus sich der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt nicht unter die herangezogene Gesetzesstelle subsumieren läßt".

Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im wesentlichen vor, er habe im Mai 1986 vom X-Reisebüro Festspielkarten bezogen; dies jedoch nicht auf eigene Rechnung. Die von ihm bezogenen Festspielkarten seien jeweils mit der vom Reisebüro erstellten Liste (Preise) im Original an den Mitarbeiter des Reisebüros Z, Herrn B, ohne jeglichen Zuschlag weitergegeben worden. Für den Beschwerdeführer, damals als "Hotelsalesmanager" tätig, sei es erforderlich gewesen, verschiedene Serviceleistungen für Reisebüros zu erbringen, um Abschlüsse für Hotelbuchungen anzubahnen. Der Beschwerdeführer habe lediglich die Besorgung der Festspielkarten in die Wege geleitet, jedoch mit deren Weiterverkauf nichts zu tun und daraus auch keinen wie immer gearteten Gewinn oder sonstigen Vorteil erzielt. Der Beschwerdeführer habe auch auf die Preisbildung bei der Weitergabe keinen wie immer gearteten Einfluß genommen und diese auch nicht vorgegeben. Die vom Beschwerdeführer vom Reisebüro X übernommenen Festspielkarten seien ohne jegliche Veränderung unter Beilage der Aufstellung des Reisebüros X an den bereits genannten Herrn B des Reisebüro Z weitergegeben worden. Das X-Reisebüro habe zum damaligen Zeitpunkt im Mai 1986 einen Überhang an Festspielkarten durch eine hohe Stornorate der ständigen amerikanischen Abnehmer der "Firma" W gehabt. Die Übernahme der Festspielkarten durch den Beschwerdeführer sei daher auch für das Reisebüro X von Vorteil und in jeder Richtung rechtlich und wirtschaftlich zulässig und stelle keine wie immer geartete nicht zulässige oder durch die Gewerbeordnung zu ahndende Handlung dar. Nicht nur das Reisebüro X sei über die Abnahme der Festspielkarten froh gewesen, sondern in weiterer Folge auch der Salzburger Festspielfonds, da durch die Abnahme der Karten fast unverkäufliche Karten einen Abnehmer gefunden hätten. Der Beschwerdeführer habe auch bei Übernahme der Karten erklärt, daß er diese weitergeben werde, jedoch gleichfalls darauf hingewiesen, daß die Weitergabe ordnungsgemäß zur Durchführung gelangen werde. Der Beschwerdeführer habe weder bei Ankauf des Kartenkontingents noch bei Weitergabe an den Mitarbeiter des Reisebüros Z, Herrn B, unzulässige Transaktionen gesetzt. Es sei bei Weitergabe der Karten kein Gewinn oder sonstiger Vorteil erzielt worden, auch keine wie immer geartete Veränderung an den Karten vorgenommen worden. Der Beschwerdeführer habe bei seiner Tätigkeit im Mai 1986 keine Tätigkeit ausgeübt, die einer Gewerbeausübung entsprechen würde und es mangle hiezu bereits an den objektiven Ausübungsmerkmalen. Der Beschwerdeführer habe im abgeführten Verfahren beantragt, Herrn B sowie den Inhaber des Reisebüros Z, Herrn Z, einzuvernehmen. Es könne nicht zu Lasten des Beschwerdeführers gehen, wenn es sich bei zu vernehmenden Personen um solche handle, die in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft seien. Das Nichtbestehen eines entsprechenden Rechtshilfeabkommens könne gleichfalls nicht zu Lasten eines Beschuldigten in einem "Verwaltungsübertretungsverfahren zur Auslegung" gelangen. Die den angefochtenen Bescheid erlassende Behörde habe jedoch das gerechtfertigte Begehren des Beschwerdeführers damit abgewiesen, daß "es die Vernehmung der genannten Zeugen vor einer ausländischen Behörde nur unter erschwerten Bedingungen

hätte durchführen können". Erschwerete Bedingungen bei Vernehmung von namhaft gemachten Zeugen könnten nicht dazu führen, daß eine Vernehmung unterbleibe und daß man in "behördenfremden Akten Anleihen" für das gegenständliche Verfahren "täige". Bei dem im angefochtenen Bescheid erwähnten Verfahren vor der Staatsanwaltschaft Traunstein handle es sich um eine Auseinandersetzung zwischen den beiden vom Beschwerdeführer namhaft gemachten Zeugen Z und B. Die in dem letztgenannten Verfahren enthaltenen Angaben könnten nicht widerspruchslös und ohne eigene Vernehmung im gegenständlichen Verfahren vor dem Magistrat Salzburg und dem Amt der Salzburger Landesregierung übernommen werden. Bereits in der Berufung gegen das Straferkenntnis des Magistrates Salzburg sei ausgeführt worden, daß das Verfahren nicht gemäß den gesetzlichen Vorschriften, sohin nicht ordnungsgemäß und mängelfrei, durchgeführt worden sei, da lediglich "Annahmen und Vermutungen" aus Polizeiberichten ohne zeugenschaftliche Vernehmung zur Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses herangezogen worden seien. Im Berufungsverfahren seien zwar einige Zeugen vernommen worden, doch hätten auch diese keine belastenden Angaben zur Begründung der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung "täigen" können. Im Berufungsverfahren sei auch die Einholung eines graphologischen Gutachtens begehrt worden, welchem Antrag gleichfalls nicht nachgekommen worden sei. Es ergebe sich daher die Mangelhaftigkeit des dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Verfahrens. Im Spruch des bekämpften Bescheides werde der Vorwurf der Entgeltlichkeit der Tätigkeit im eigenen Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr zum Vorwurf gemacht. Keines dieser Kriterien liege im gegenständlichen Fall vor. Aus dem abgeführten Verfahren und der Begründung ergebe sich gegenteilig, daß die Karten lediglich für den Bevollmächtigen des Reisebüros Z, Herrn B, besorgt worden seien, wobei zu keinem Zeitpunkt Geldmittel des Beschwerdeführers zur Verwendung gelangt seien. Es sei sohin die Besorgung auf fremde Rechnung oder fremde Gefahr, nämlich auf Gefahr des Reisebüros Z, vertreten durch Herrn B, erfolgt. Aktenwidrig sei auch die Feststellung im Spruch, die Karten seien gegen Entgelt an das Reisebüro Z in Y veräußert worden. Derartige Feststellungen lasse gleichfalls das abgeführte Verwaltungsverfahren nicht zu. Auf Seite 2 der Begründung des angefochtenen Bescheides werde ausgeführt, daß der Beschwerdeführer auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit als "Hotelsalesmanager" sowie für die österreichische Fremdenverkehrswerbung in V verschiedene Serviceleistungen für Reisebüros zu erbringen habe, um Abschlüsse für Hotelbuchungen anzubahnen. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die österreichische Fremdenverkehrswerbung habe mit dem gegenständlichen Verfahren überhaupt nichts zu tun und es vermengte hier die belangte Behörde verschiedene vom Beschwerdeführer im abgeführten Verfahren gemachte Angaben. Der Beschwerdeführer sei im Mai 1986 noch nicht für die österreichische Fremdenverkehrswerbung in V tätig gewesen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt. Die Angaben des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der österreichischen Fremdenverkehrswerbung in V in der Stellungnahme vom 18. Februar 1988 seien darauf abgestellt gewesen, daß zu Unrecht ein Vorwurf erhoben worden sei, der Beschwerdeführer habe sich nach V abgesetzt. Diesen Umstand der Tätigkeit für die österreichische Fremdenverkehrswerbung mit der Kartenvermittlung im Mai 1986 in Verbindung zu bringen, sei aktenwidrig. Im durchgeführten Verfahren sei dargetan worden, daß der Beschwerdeführer keine wie immer gearteten Erträge aus der Vermittlung der Karten bezogen habe. Feststellungen, daß der Beschwerdeführer irgendeinen Ertrag aus der zum Vorwurf gemachten Kartenvermittlung erzielt habe, hätten im gegenständlichen Verfahren nicht getroffen werden können, und es seien derartige Feststellungen auch nicht getroffen worden. Es sei auch rechtlich nicht haltbar, auszuführen, daß, weil der Beschwerdeführer nicht bei der Salzburger Gebietskrankenkasse als Angestellter gemeldet gewesen sei, dieser selbstständig gewesen sein solle. Nichtmeldung als Angestellter bei der Salzburger Gebietskrankenkasse sei nicht gleichzusetzen mit selbstständiger Tätigkeit. Im Spruch werde Entgeltlichkeit zum Vorwurf gemacht, auf Seite 4 des angefochtenen Bescheides jedoch festgestellt, daß dem Beschwerdeführer kein Entgelt zugekommen sei. Es könne sohin bei der Kartenbeschaffung für das Reisebüro Z das Merkmal der Gewinnabsicht nicht vorgeworfen werden. Die statistischen Belegzahlen für Hotelbuchungen seien kein mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil für den Beschwerdeführer. Die Feststellung, daß der Beschwerdeführer durch den Verkauf der Festspielkarten Abschlüsse für Hotelbuchungen erzielt habe, sei aktenwidrig und unrichtig, da derartige Feststellungen über Abschlüsse für Hotelbuchungen nicht hätten festgestellt werden können und auch in der Begründung nicht enthalten seien. Hier widerspreche sich wiederum die Begründung, da von einem Verkauf der Festspielkarten die Rede sei, obwohl in der Bescheidbegründung die Entgeltlosigkeit der Weitergabe in anderen Passagen festgestellt worden sei. Weder die erstinstanzliche Behörde noch die belangte Behörde hätten Erhebungen darüber "getätigt", ob Abschlüsse für Hotelbuchungen erzielt worden seien. Auch ein Nachweis dafür, daß der Beschwerdeführer für Hotelbelegungen Leistungen erhalten habe, habe nicht festgestellt werden können, da derartige

nicht vorgelegen seien und es könnten daher auch diesbezügliche Ausführungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht Platz greifen. Nachdem keine Hotelbuchungen, weder mit noch ohne Festspielkarten, festgestellt hätten werden können, könne auch nicht auf Entgeltlichkeit oder Provisionszahlungen geschlossen werden. Eine selbständige Ausübung einer Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr sowie ein wirtschaftliches Ertragsmoment seien nicht gegeben, sodaß es bereits dieser objektiven Kriterien ermangle. Die Beschaffung der Eintrittskarten sei für das "Reisebüro Z", sohin in fremdem Namen, auf fremde Rechnung und in keiner wie immer gearteten eigenen ertragsorientie

Der Beschwerde kommt im Ergebnis schon aufgrund folgender Überlegungen Berechtigung zu:

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein Anmeldungsgewerbe (§ 5 Z. 1) ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Das Gewerbe "Theaterkartenbüro" stellt, wie sich schon aus der Einordnung im fünften Abschnitt des II. Hauptstückes der Gewerbeordnung 1973 ("Bestimmungen für einzelne freie Gewerbe"; §§ 123 bis 127) ergibt, ein freies Gewerbe im Sinne des § 6 Z. 3 GewO 1973 dar.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1973 wird eine Tätigkeit dann gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Nach Abs. 3 liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Gemäß § 44a lit. a VStG 1950 hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Danach ist es rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, daß 1. die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird, und 2. die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht. Was den vorstehenden Punkt 1. anlangt, sind entsprechende, d.h. in Beziehung zum vorgeworfenen Straftatbestand stehende wörtliche Anführungen erforderlich, die nicht etwa durch die bloße paragraphenmäßige Zitierung von Gebots- oder Verbotsnormen ersetzt werden können. Was den vorstehenden Punkt 2. anlangt (unverwechselbares Festhalten der Identität der Tat) muß im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat insoweit in konkretisierter Umschreibung zum Vorwurf gemacht werden, daß der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren und gegebenenfalls im außerordentlichen Verfahren (Wiederaufnahmeverfahren) auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und es muß ferner der Spruch geeignet sein, den Beschuldigten (Bestrafen) rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (vgl. hiezu das Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Juni 1984, VwSlg. N. F. Nr. 11466/A).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 24. März 1976, VwSlg. N.F. Nr. 9023/A, dargetan hat, erweist Entgeltlichkeit allein noch nicht, daß mit einer Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil herbeigeführt werden soll, die Betätigung also im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 in Gewinnabsicht unternommen wurde; im besonderen wird dies dann nicht zutreffen, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen.

Entgegen dieser Rechtslage stellte die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides auf den nicht zwingend dem Merkmal der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, entsprechenden Begriff der Entgeltlichkeit ab (vgl. hiezu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. September 1987, Zl. 86/04/0047).

In diesem Zusammenhang kommt auch dem Beschwerdevorbringen Berechtigung zu, wonach im Spruch des angefochtenen Bescheides Entgeltlichkeit zum Vorwurf gemacht wird, während in der Begründung des angefochtenen Bescheides u.a. festgestellt wird, "daß sich aus dem vorliegenden Ermittlungsergebnis kein eindeutiger Nachweis darüber ergibt", daß der Beschwerdeführer vom Reisebüro "ein Entgelt für den Kauf der Karten erhalten hat".

Abgesehen davon, ist im Ergebnis der Beschwerdeführer im Recht, wenn er rügt, eine selbständige Ausübung einer Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr sei nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob im Einzelfall ein selbständiges 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 auch die weitere Frage, wer das mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmensrisiko auf sich nimmt - ein Selbständigkeitmerkmal, das durch den in seinem Zusammenhang zu verstehenden Wortlaut "Rechnung und Gefahr" in § 1 Abs. 3 GewO 1973 umschrieben wird und das im Sinne dieser Gesetzesbestimmung immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung miterfaßt -, auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußersten rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit darstellt. Eine Gewerbeausübung kann allerdings auch jener Person in Hinsicht auf das Merkmal der Selbständigkeit zugeordnet werden, welche zumindest ANTEIL am kaufmännischen Risiko hat und die Tätigkeit somit "auch" auf Rechnung und Gefahr dieser Person erfolgt (vgl. dazu u.a. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 1985, Zl. 84/04/0154, und die weitere darin angeführte Vorjudikatur).

Abgesehen davon, daß die von der belangten Behörde im inhaltlichen Zusammenhang damit getroffenen Feststellungen, der Beschwerdeführer habe gewerbsmäßig gehandelt, weil die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt worden sei, schon mangels näherer Konkretisierung im Sinne der dargestellten Rechtslage für die Ermöglichung einer nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes nicht als ausreichend angesehen werden kann, verkannte die belangte Behörde dabei auch die Rechtlage. So geht die belangte Behörde in den diesbezüglichen Begründungsdarlegungen selbst davon aus, daß der Beschwerdeführer offensichtlich die Kartenkontingente "im Auftrag von Herrn B" erworben habe. Der Auftrag ist aber nun begrifflich ein Vertrag, durch den sich jemand gegen Entgelt oder unentgeltlich verpflichtet, Geschäfte eines anderen AUF DESSEN RECHNUNG zu besorgen (vgl. Koziol-Welser, Grundriß des Bürgerlichen Rechts I7, S 319).

Da die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie schon in Hinsicht darauf den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, was gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG zu seiner Aufhebung zu führen hatte. Es war daher ein Eingehen auf das weitere Beschwerdevorbringen entbehrlich.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 104/1991, insbesondere auch deren Art. III Abs. 2.

Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft die geltend gemachte Umsatzsteuer, deren Zuerkennung die Pauschalierung des Aufwandersatzes entgegensteht.

Schlagworte

Agiotage Agiateur

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1991:1988040111.X00

Im RIS seit

23.04.1991

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at