OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen: **LVwG-800600/8/Bm/AK - 800601/2**

Datum: **Linz, 12. März 2025**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des A__, vertreten durch B__, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 23. Oktober 2024, GZ: STEYR/923020001145/23, wegen einer Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Februar 2025

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung jeglicher Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr (in der Folge: belangte Behörde) vom 23. Oktober 2024, GZ: STEYR/923020001145/23, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 21 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 verhängt.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Datum/Zeit: 27.06.2023
Ort: C-Straße

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma D__ mit Sitz in C-Straße, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass oa. Firma am 27.6.2023 einen Auftrag (Vertrag) an Hrn. E__, p.A.: F__, Industriezentrum-Kälberweide 15/Top 1, zum Verkauf von elektrischen Geräten – welche von oa. Firma vertrieben werden – vergab und somit zumindest zu diesem Zeitpunkt dadurch das Gewerbe ‚Handelsgewerbe und Handelsagentengewerbe' selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt wurde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl oa. Firma dafür keine Gewerbeberechtigung besitzt.
Obiger Tatbestand stellt eine Übertretung der Bestimmungen der Gewerbeordnung dar."

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf innerhalb offener Frist durch seine anwaltliche Vertretung Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, der Bf betreibe als Verantwortlicher der D__ an der Adresse G-Straße die Vermietung von Arbeiter- und Monteurzimmern, insbesondere für Leasingunternehmen bzw. Montageunternehmen, die ihre Mitarbeiter unterbringen müssten. Der Bf habe zu keinem Zeitpunkt Elektrogeräte oder sonstige Waren, die von einem Herrn E__ kommen oder von einem ungarischen Elektrohändler zum Verkauf angeboten würden, weiterverkauft oder jemandem den Verkauf derartiger Waren in seinen Mietobjekten ermöglicht. Richtig sei, wie vom Bf in der Stellungnahme angeführt, dass er die Elektrogeräte, die er für die Vermietung und Verpachtung benötigt habe, bei diesem Unternehmen teilweise bezogen habe. Der Wareneinkauf bei einem ungarischen Unternehmen sei jederzeit möglich; die Waren hätte er auch im Internet oder auch an anderer Stelle beziehen können. Die Elektrogeräte würden ausschließlich der Ausstattung der Mietwohnungen dienen und würden steuerlich Anlagenvermögen darstellen. Ein Handel sei mit diesen Dingen nicht betrieben worden und sei auch eine Handelsmöglichkeit für andere Personen nicht ermöglicht worden.
Es werde daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ausdrücklich beantragt. Der Bf habe insbesondere nicht gegen die Gewerbeordnung verstoßen und

auch anderen Personen nicht bei Verstößen gegen die Gewerbeordnung geholfen oder sonstige Beiträge geleistet.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19. Februar 2025, an der der Rechtsvertreter des Bf teilgenommen hat. Der geladene Zeuge E__ ist entschuldigt nicht erschienen.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Die D__ mit Sitz in C-Straße, ist im Firmenbuch unter der Firmenbuchnummer FN aaa mit dem Geschäftszweig „Vermietung, Verpachtung und Handel" eingetragen. Als unbeschränkt haftende Gesellschafter scheinen A__ und H__ auf. Die D__ verfügt über keine Gewerbeberechtigungen. Der Bf als Verantwortlicher der D__ betreibt im Haus an der Adresse G-Straße die Vermietung von Arbeiter- und Monteurzimmern, insbesondere für Arbeiter von Leasingunternehmen bzw. Montageunternehmen.
Nicht festgestellt werden konnte, ob tatsächlich von der D__ zum Verkauf angeboten oder tatsächlich vertrieben werden.
Von E__ wurde ein Auftragsvertrag, datiert mit 27. Juni 2023, abgeschlossen zwischen dem Geschäftsführer der D__ und E__, vorgelegt, worin die Tätigkeit der Agentur wie folgt beschrieben wurde: *„Verkauf von elektrischen Geräten, die von der Firma vertrieben werden.*
Entlohnung: auf Provisionsbasis auf monatlicher Basis.
Der Provisionssatz beträgt 2% des Umsatzes der zertifizierten Kunden."

4.2. Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, der Einschau in das Gewerbeinformationssystem und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

5. Rechtliche Erwägungen:

5.1. Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lauten wie folgt:

„§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.
(2) Eine Tätigkeit wird 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; hiebei macht es keinen Unterschied,

ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.
(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.
[…]

§ 366. (1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer
1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind;
[…]"

5.2. Gegenständlich wird dem Bf vorgeworfen, es als Verantwortlicher der D__ verwaltungsstrafrechtlich vertreten zu haben, am 27. Juni 2023 das Handelsgewerbe und Handelsagentengewerbe ohne gewerbebehördliche Genehmigung betrieben zu haben. Vom Bf wird die Ausübung des Handelsgewerbes bestritten.

Unter dem Begriff des Handels im Sinne der Gewerbeordnung ist die auf den Warenaustausch zwischen den einzelnen Wirtschaftsmitgliedern gerichtete gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeit zu verstehen, wobei bereits dem Erwerb der Ware der Zweck, diese an andere Wirtschaftsmitglieder weiterzugeben, zugrunde liegen muss. Das Handelsgewerbe beinhaltet sohin den Kauf, Verkauf und die Vermittlung von Gütern zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und Endverbrauchern. Eine solche Tätigkeit, die dem Handelsgewerbe unterliegt, konnte im gegenständlichen Fall im Grunde des Ermittlungsverfahrens nicht nachgewiesen werden. Dem vorliegenden „Auftragsvertrag", der dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde liegt, kann keine der oben genannten Tätigkeiten zugeordnet werden. Auch kann gegenständlich nicht von einer strafbaren Vorbereitungshandlung für das Handelsgewerbe ausgegangen werden. Als Vorbereitungshandlung ist das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen zu sehen, die nur über den Umweg der Bestimmung des § 1 Abs. 4 GewO 1994 gesondert strafbar wird. Ausgehend von dieser Definition in § 1 Abs. 4 GewO 1994 fällt die in Rede stehende Tätigkeit nicht unter § 1 Abs. 4 GewO 1994. Vorbereitungshandlungen in Form des Anwerbens von Verkaufspersonal/Handelsvertreter können nicht von § 366 Abs. 1 Z 1

GewO 1994 erfasst sein, weil, wie oben ausgeführt, nur die Vorbereitungshandlung des Anbietens an einen größeren Personenkreis der Ausübung gleichgehalten wird.

Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses auch nicht den Anforderungen des § 44a VStG entspricht. Demnach 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, das heißt in Beziehung zum vorgeworfenen Straftatbestand stehende wörtliche, Anführungen erforderlich, die nicht etwa durch bloße paragraphenmäßige Zitierung von Gebots- oder Verbotsnormen ersetzt werden können. Was den Punkt 2. anlangt, 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, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Vorwurf zu widerlegen und es muss ferner der Spruch geeignet sein, den Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Es muss daher die Tat unter Anführung aller wesentlicher Tatbestandsmerkmale dem Beschuldigten innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen werden. Eine Umschreibung der Tatbestandsmerkmale lediglich in der Bescheidbegründung reicht im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes nicht aus. Die Tathandlung nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 besteht darin, gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994, sohin selbständig, regelmäßig und in Ertragsabsicht, Handlungen vorzunehmen, die einem Gewerbe vorbehalten sind, ohne die erforderliche Berechtigung erlangt zu haben. Demnach hat der Tatvorwurf im Sinne des § 44a Z 1 VStG auch die Gewerbsmäßigkeit der Handlung zu umfassen. Im angefochtenen Straferkenntnis wurde zwar angeführt, dass die Tätigkeit in der Absicht ausgeübt wurde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, allerdings wurde diese Absicht nicht näher (z.B. durch Angabe eines Verkaufspreises) konkretisiert. Insofern wurde auch nicht dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z 1 VStG entsprochen.

Aus den oben genannten Gründen war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:

Für den Bf entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Zu III.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsver-

folgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier