

TE Lvwg Erkenntnis 2022/10/11 LVwG-2022/32/1926-4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.10.2022

Entscheidungsdatum

11.10.2022

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §94 Z75

1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Ing. Mag. Peinstinglüber die Beschwerde von AA, geb XX.XX.XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt BB, Adresse 1, **** Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 03.06.2022, ZI ***, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994, nach

der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe der nachfolgenden 2 Spruchpunkte insofern Folge gegeben, wonach die verhängten Strafen in Höhe von Euro 600,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tagen) auf Euro 400,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen) herabgesetzt wird.

2. Bei der als erwiesen angenommenen Tat im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses (§ 44a Z 1 VStG) wird nach der der Zeichen- und Wortfolge

„angeboten“ wie folgt eingefügt:

„Konkret wird auf der angeführten Internetseite die Frage ‚Was bringt mir eine Schuldenregulierung?‘ wie folgt beantwortet:

„...“

Im Verlauf einer Schuldensanierung legen wir gemeinsam für Sie tragbare Raten fest und verhandeln mit Ihren Gläubigern eine Reduktion der Schuldsomme. So bringen wir Sie aus dem Strudel von Mahnungen, Vollstreckung- und Inkassoandrohungen raus. Außerdem haben Sie einen Ansprechpartner bei Fragen, den sie jederzeit während den Geschäftszeiten erreichen.’

...“

3. Sowohl bei den verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 44a Z 2 VStG) als auch bei der Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) hat es bei der Nennung des Gesetzes wie folgt zu lauten:

„Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994, idF BGBl I Nr 65/2020“

4. Dementsprechend wird der Beitrag zu den behördlichen Verfahrenskosten mit Euro 40,00 neu festgesetzt.

5. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 03.06.2022 wurde dem Beschuldigten wie folgt zu Last gelegt:

„1. Datum/Zeit: 11.03.2022

Ort: **** Y, Adresse 2

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH, ****Y, zu verantworten, dass diese vom Standort **** Y, Adresse 2 aus, Tätigkeiten, die den Gegenstand des Gewerbes "Gewerbliche Vermögensberatung gem. § 94 Z 75 GewO" bilden, an einen größeren Kreis von Personen angeboten, obwohl dafür keine Gewerbeberechtigung besteht. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird jedoch der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Auf der Homepage <https://www.CC.at/> wurde unter Schuldenregulierung/Schuldenvergleich/Entschuldung eine Beratung in finanziellen Angelegenheiten, insbesondere bei Schulden, angeboten.

Die CC GmbH, **** Y, haftet gem. § 9 Abs 7 VStG für die gegen AA, geb. XX.XX.XXXX, verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 366 Abs. 1 Zif. 1 i.V.m. § 1 Abs. 4 2ter Satz Gewerbeordnung 1994 (GewO)

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß

1. € 600,00

5 Tage(n) 0 Stunde(n)

0 Minute(n)

§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz

Gewerbeordnung 1994 (GewO) idgF

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Der bereits an die Behörde eingezahlte Betrag von € 600,00 wird nach Rechtskraft zur Deckung des Strafbetrages herangezogen werden, sodass noch € 60,00 zu bezahlen sind.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 60,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 60,00“

Dadurch habe der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit § 1 Abs 4 2ter Satz Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) begangen und wurde über ihn daher gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1994 (GewO idgF) eine Geldstrafe der Höhe von Euro 600,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen) verhängt.

Zudem wurden Beitrag zu den behördlichen Verfahrenskosten festgesetzt.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene Beschuldigte und nunmehrige Beschwerdeführer zulässig und rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht erhoben und darin zusammengefasst wie folgt ausgeführt:

Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Verfahrens wird in der Beschwerde vorgebracht, die Behörde habe für die Ermittlung des Sachverhaltes keine Durchführung eines gesetzeskonformen Ermittlungsverfahrens durchgeführt. Mit den Ausführungen des Beschwerdeführers habe sich die Behörde nicht den Verfahrensgrundsätzen entsprechend auseinandergesetzt bzw. haben diese nur mit allgemeinen Floskeln und allgemeinen Ausführungen - ohne sich im Detail mit den konkreten Ausführungen des Beschuldigten auseinanderzusetzen - abgehandelt.

Die Beweiswürdigung und die Erhebung der sachverhaltswesentlichen Umstände sei Aufgabe der belangten Behörde und führe sie hier kein gesetzeskonformes Verfahren durch, wenn sie ohne sich mit den Angaben des Beschwerdeführers zu beschäftigen, den nun bekämpften Bescheid bzw Straferkenntnis erlässt.

Wäre dem Beschwerdeführer die weitere Möglichkeit der Äußerung gegeben worden, so hätte er sich entsprechend rechtfertigen können.

Inhaltlich sei auszuführen, dass überhaupt zu keinem Zeitpunkt das Gewerbe des Vermögensberaters ausgeführt worden sei. Es seien auch keine diesen Berufsgruppen vorbehaltenen Leistungen angeboten worden. Auch werde auf der Webseite klar ausgeführt, dass weder Bankgeschäfte noch den Vermögensberatern vorbehaltenen Leistungen erbracht bzw angeboten würden.

Es erfolge auch nicht die Vermittlung eines Vermittlers von Krediten oder ähnlichem.

Wie die belangte Behörde zu dieser Annahme gelange, sei dem Beschwerdeführer unerklärlich, weil auf der Webseite mehrmals klargestellt werde, dass keine Kredite vergeben würden.

Die belangte Behörde habe es unterlassen, den Sachverhalt amtswegig vollständig zu erheben und den für die Erledigung maßgeblichen Sachverhalt vollständig zu ermitteln, festzustellen sowie die notwendigen Beweise aufzunehmen. Dazu wäre sie aber von amtswegen gemäß § 37 in Verbindung mit § 39 AVG verpflichtet gewesen und hätte hierzu die erforderlichen Beweise aufnehmen müssen.

Hätte die belangte Behörde den Sachverhalt gesetzmäßig erhoben, wäre klar zum Vorschein gekommen, dass der Beschwerdeführer keine strafbaren Handlungen begangen habe.

Die belangte Behörde habe das Ermittlungsverfahren einseitig gestaltet. Mit den für den Beschwerdeführer günstigen Sachverhaltsmomenten habe sich die Behörde, wenn überhaupt, dann nur teilweise und in nicht nachvollziehbarer Weise beschäftigt.

Der bloße Verweis darauf, dass auf der Webseite Begriffe wie Finanzierung, Schuldenregulierung, Schuldenvergleich, Entschuldung verwendet werden, bedeute noch nicht automatisch, dass das Gewerbe des Vermögensberaters ausgeübt werde.

Inwiefern hier der Verweis auf die WKO stichhaltig ein soll, dass auch die Beratung über „negatives Vermögen, den Vermögensberatern vorbehalten sei, sei nicht stichhaltig und nicht nachvollziehbar.

Hätte sich die belangte Behörde mit dem Angebot auseinandergesetzt, wäre sie klar zum Ergebnis gekommen, dass die CC Interessenten dabei helfe, ihre Schuld zu regulieren und laufe dies so ab, dass der Kunde die Forderung seines Gläubigers oder auch mehrerer Gläubiger angibt und auch mitteilt, welche monatliche Rate er zurückzahlen möchte. Es erfolge dabei weder eine Beratung über die finanziellen Möglichkeiten noch eine sonstige Vermögensberatung, sondern werde der Ratenwunsch des Kunden direkt herangezogen. Die CC verhandle in der Folge mit dem Gläubiger über eine entsprechende Ratenzahlung und biete auch die Administration und Unterstützung bei der Durchführung an.

Die belangte Behörde konkretisiere den Tatvorwurf aber nicht, sondern würde nur lapidar und leerformelhaft ausführen, dass eindeutig feststehe, dass die den gewerblichen Vermögensberatern (§ 94 Z 95 GewO) zurechenbaren Dienstleistungen angeboten würden, ohne dies zu konkretisieren. Würde man aber die Webseite nicht nur selektiv und satzweise, sondern vollständig in seiner Gesamtheit lesen, ergäbe sich das Angebot der Dienstleistung doch klar und gäbe es keine Grundlage für die Annahme der Behörde, welche überdies wenig konkret mit dem vorliegenden Akteninhalt gestützt würde.

Hätte die belangte Behörde die gesamten Umstände erhoben und aufgenommen, hätte sie sich erst ein Bild machen können und eine entsprechende Beurteilung und Würdigung vornehmen können und wäre zum Ergebnis gekommen, dass dem Beschuldigten kein Vorwurf zu machen sei und keine Grundlage für eine Bestrafung bestehe.

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit führt die Beschwerde aus, dass auch eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würde.

Die belangte Behörde habe tatsächlich keinerlei Feststellungen getroffen, die eine Anwendung der herangezogenen Strafbestimmungen rechtfertigen würden und wäre das Strafverfahren alleine schon aus diesem Grund einzustellen. Insofern liege auch eine Rechtswidrigkeit des bekämpften Bescheides vor und würden daher die Voraussetzungen für eine Bestrafung erst gar nicht vorliegen.

Es wurde beantragt, das bekämpfte Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Strafverfahren einzustellen; hilfsweise wurde beantragt, die beantragten Beweise aufzunehmen, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und das Verfahren einzustellen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer auf das freie Gewerbe „Namhaftmachung von Personen, die an der Beratung über den Aufbau, Erhalt und Sicherung des Vermögens oder Finanzierung, Veranlagung, Vorsorge und Lebens- und Unfallversicherungen, Wertpapiervermittlung oder gebundener Vermittlung interessiert sind, an dazu befugte gewerblich Vermögensberater ohne ständig vom selben Auftraggeber betraut zu sein unter Ausschluss jeder einem gewerblichen Vermögensberater vorbehaltenen Tätigkeit“ hingewiesen. Durch diesen Gewerbewortlaut sei widerlegt, dass die Verwendung der Begriffe Schuldenregulierung und Finanzierung zwingend eine Vermögensberatung darstellen würden.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung wurde das Erkenntnis verkündet und dessen Inhalt beurkundet.

Aus Anlass des Hinweises auf § 29 Abs 2a VwGVG hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer rechtzeitig einen Antrag auf Ausfertigung der Entscheidung gestellt.

II. Sachverhalt:

Im Internetauftritt am 11.03.2022 der CC GmbH mit Sitz in Y, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der nunmehrige Beschwerdeführer ist, wird die Beratung in finanziellen Angelegenheiten, insbesondere bei Schulden angeboten.

Konkret wird auf der angeführten Internetseite die Frage „Was bringt mir eine Schuldenregulierung?“ wie folgt beantwortet:

„...“

Im Verlauf einer Schuldensanierung legen wir gemeinsam für Sie tragbare Raten fest und verhandeln mit Ihren Gläubigern eine Reduktion der Schuldsomme. So bringen wir Sie aus dem Strudel von Mahnungen, Vollstreckungs- und Inkassoandrohungen raus. Außerdem haben Sie einen Ansprechpartner bei Fragen, den sie jederzeit während den Geschäftszeiten erreichen.

...“

III. Beweiswürdigung:

Die vorgenannten Sachverhaltsfeststellungen lassen sich unzweifelhaft anhand des dem behördlichen Akt einliegenden feststellen.

Dem im behördlichen Akt einliegenden Firmenreport vom 16.02.2022 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH ist.

IV. Rechtslage:

Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 65/2020:

„§ 1

...“

(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.

...“

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

...“

Z 75 Gewerbliche Vermögensberatung

...“

Gewerbliche Vermögensberatung

§ 136a

(1) Der Gewerbliche Vermögensberater (§ 94 Z 75) ist berechtigt zur

1. Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung mit Ausnahme der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente (§ 3 Abs. 2 Z 1 WAG 2018),

2. Vermittlung von

a) Veranlagungen und Investitionen, ausgenommen Finanzinstrumente (§ 3 Abs. 2 Z 3 WAG 2018),

b) Personalkrediten und Hypothekarkrediten und Finanzierungen (Vorstellen, Anbieten und andere Vorarbeiten zu Kreditverträgen sowie deren Abschließen für den Kreditgeber) und

c) Lebens- und Unfallversicherungen.

(Anm.: Abs. 1a aufgehoben durch BGBl. I Nr. 155/2015)

(2) Bezüglich der Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen unterliegt der Gewerbliche Vermögensberater den Bestimmungen der §§ 137 bis 138 und den sonstigen Bestimmungen betreffend Versicherungsvermittlung.

(3) Gewerbliche Vermögensberater sind zu den Tätigkeiten des § 1 Z 45 WAG 2018 als Wertpapiervermittler (§ 94 Z 77) berechtigt. Tätigkeiten als gebundener Vermittler gemäß § 1 Z 44 WAG 2018 dürfen in diesem Fall nicht ausgeübt werden.

(4) Bei der Anmeldung des Gewerbes der Gewerblichen Vermögensberatung (§ 94 Z 75) ist, sofern die Tätigkeit des Wertpapiervermittlers ausgeübt wird, zusätzlich zu den Belegen gemäß § 339 Abs. 3 der Nachweis des Bestehens eines Vertretungsverhältnisses anzuschließen. Mit der Ausübung der Tätigkeit der Wertpapiervermittlung darf der Anmelder erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das GISA beginnen.

(5) Der Gewerbetreibende hat der Gewerbebehörde unverzüglich die Endigung des letzten Vertretungsverhältnisses mitzuteilen. Nach Bekanntwerden des Wegfalls des letzten Vertretungsverhältnisses hat die Behörde unverzüglich ein Entziehungsverfahren betreffend die Tätigkeit als Wertpapiervermittler einzuleiten und, wenn ein Vertretungsverhältnis nicht unverzüglich nachgewiesen wird, die Berechtigung als Wertpapiervermittler längstens binnen zweier Monate zu entziehen. § 361 Abs. 2 erster Satz ist in diesem Fall nicht anzuwenden. Beschwerden gegen Entziehungsbescheide kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens ist im GISA zu vermerken.

(6) Gewerbliche Vermögensberater haben den Anforderungen ständiger beruflicher Schulung und Weiterbildung zu genügen, um ein angemessenes Leistungsniveau aufrechtzuerhalten, das den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben und dem entsprechenden Markt entspricht. Hiefür haben diese Personen ab dem der Eintragung in das GISA nächstfolgenden Kalenderjahr mindestens 20 Stunden beruflicher Schulung oder Weiterbildung pro Jahr zu absolvieren. Diese Verpflichtung ersetzt für Gewerbliche Vermögensberater die Verpflichtung nach § 137b Abs. 3. Der Nachweis über die Teilnahme an der Schulung ist am Standort des Gewerbes zumindest fünf Jahre zur jederzeitigen Einsichtnahme durch die Behörde bereitzuhalten. Gewerbliche Vermögensberater dürfen nur Personal einsetzen, das den Anforderungen dieses Absatzes entspricht.

(6a) Als Schulungen im Sinne des Abs. 6 gelten einschlägige Lehrgänge. Die zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich hat einen Lehrplan für den Schulungsinhalt zu erarbeiten. Der Lehrplan hat für den Gewerbeinhaber vorzusehen, dass zumindest die Hälfte der Weiterbildungsverpflichtung nur bei bestimmten unabhängigen Bildungsinstitutionen durchgeführt werden darf. Der Lehrplan kann sich über mehrere Jahre erstrecken. Der Lehrplan bedarf einer Bestätigung des Bundesministers für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort. Der Finanzmarktaufsicht (FMA) ist vom Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vor Erteilung der Bestätigung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist zu geben. Der Lehrplan kann eine geringere Mindeststundenanzahl für Gewerbetreibende oder deren Personal vorsehen, sofern Tätigkeitsbereiche aus dem Gewerbeumfang ausgenommen sind.

(7) Als Wertpapiervermittler tätige Gewerbliche Vermögensberater dürfen für nicht mehr als drei Unternehmen die in § 1 Z 45 WAG 2018 genannten Tätigkeiten erbringen. Der als Wertpapiervermittler tätige Gewerbliche Vermögensberater hat dem Vertragspartner (Wertpapierkunden) bei jeder Geschäftsaufnahme den jeweiligen Geschäftsherrn eindeutig offen zu legen und auf die Eintragung im Register bei der FMA hinzuweisen. Erfolgt durch den Wertpapiervermittler keine eindeutige Offenlegung des vertragsgegenständlichen Geschäftsherrn, so haften alle gemäß § 37 Abs. 7 WAG 2018 eingetragenen Geschäftsherrn solidarisch.

(8) Gewerbliche Vermögensberater sind zu den Tätigkeiten des § 1 Z 44 WAG 2018 als gebundener Vermittler berechtigt. Tätigkeiten als Wertpapiervermittler gemäß § 1 Z 45 WAG 2018 dürfen in diesem Fall nicht ausgeübt werden.

(9) Bei der Anmeldung des Gewerbes der Gewerblichen Vermögensberatung (§ 94 Z 75) ist, sofern die Tätigkeit des gebundenen Vermittlers ausgeübt wird, zusätzlich zu den Belegen gemäß § 339 Abs. 3 der Nachweis des Bestehens des Vertretungsverhältnisses anzuschließen. Mit der Ausübung der Tätigkeit des gebundenen Vermittlers darf der Anmelder erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das GISA beginnen.

(10) Der Gewerbetreibende hat der Gewerbebehörde unverzüglich die Endigung des letzten Vertretungsverhältnisses mitzuteilen. Nach Bekanntwerden des Wegfalls des Vertretungsverhältnisses hat die Behörde unverzüglich ein Entziehungsverfahren betreffend die Tätigkeit als gebundener Vermittler einzuleiten und, wenn ein Vertretungsverhältnis nicht unverzüglich nachgewiesen wird, die Berechtigung als gebundener Vermittler längstens binnen zweier Monate zu entziehen. § 361 Abs. 2 erster Satz ist in diesem Fall nicht anzuwenden. Beschwerden gegen Entziehungsbescheide kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens ist im GISA zu vermerken.

(11) Gewerbliche Vermögensberater müssen bei der Annahme und Übermittlung von Aufträgen im Zusammenhang mit Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 Kapitalmarktgesetz, KMG, BGBl. Nr. 625/1991, dem § 56 WAG 2018, BGBl. I Nr. 107/2017 in der jeweils geltenden Fassung, entsprechen.

(12) Die zur Ausübung des Gewerbes der Vermögensberater berechtigten Gewerbetreibenden haben für ihre Berufstätigkeit eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens 1.111.675 Euro für jeden einzelnen Schadensfall und von 1.667.513 Euro für alle Schadensfälle eines Jahres abzuschließen. Dies gilt nicht für Tätigkeiten, für die eine Haftungsabsicherung im Sinne von Abs. 4 oder Abs. 9 oder § 137c besteht. Die genannten Mindestversicherungssummen erhöhen oder vermindern sich ab 15.1.2013 und danach regelmäßig alle fünf Jahre prozentuell entsprechend den von Eurostat veröffentlichten Änderungen des Europäischen Verbraucherpreisindex, wobei sie auf den nächst höheren vollen Eurobetrag aufzurunden sind. Die Bestimmungen des § 117 Abs. 8 bis 10 sind sinngemäß anzuwenden. Für Tätigkeiten der Vermittlung von Hypothekarkrediten gemäß Abs. 1 Z 2 lit. b muss aus den genannten Deckungssummen die Berufshaftpflichtversicherung oder gleichwertige Garantie gemäß Art. 1 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 1125/2014 zur Verfügung stehen.

§ 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;

....

Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 58/2018:

„§ 5

(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

...

§ 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.“

V. Erwägungen:

Gemäß § 1 Abs 4 GewO 1994 wird ua das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Durch den Internetauftritt wurden die Dienstleistungen der CC GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer ist und sohin als der

zur Vertretung nach außen Berufener verwaltungsstrafrechtlich in Verantwortung steht (vgl § 9 Abs 1 VStG), einen größeren Kreis von Personen angeboten. Über eine Gewerbeberechtigung „Gewerbliche Vermögensverwaltung“ im Sinn des § 94 Z 75 GewO 1994 verfügte die vorgenannte Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt nicht.

Beim - der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden - Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit kommt es auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden an. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1973 ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl VwGH 31.03.1992, 91/04/0299)

Für die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung ist es maßgeblich, dass einzelne Leistungen, wie sie auf der Internetseite am 11.03.2022 veröffentlicht waren, nur im Rahmen vorgeworfenen Gewerbes angeboten hätten werden dürfen.

Auf der Webseite wurden die Begriffe Finanzierung, Schuldenregulierung, Schuldenvergleich, Entschuldung verwendet und wurden ausdrücklich die im Spruch des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses (siehe oben) angeführten Ergänzungen erwähnt.

Aufgrund dieser im Spruch des Erkenntnisses wiedergegebenen und bei den Sachverhaltsfeststellungen dargestellten Formulierungen wird dem Betrachter unzweifelhaft angeboten, dass die hier in Rede stehende Gesellschaft zusammen mit dem Schuldner Raten festlegt und mit den Gläubigern die Reduktion der Schuldsomme verhandelt. Es liegt sohin auf der Hand, dass sich die Gesellschaft mit dem Vermögen des Kunden auseinandersetzt, andernfalls eine Ratenfestlegung „zusammen mit dem Schuldner“ nicht erfolgen kann. Zwar wird dem Kunden eine gute Vorbereitung im Vorfeld zur Schuldenregulierung angeraten (arg Checkliste), andererseits ist an gleicher Stelle angeführt, dass „besonders eine vollständige Liste Ihrer Gläubiger uns [hilft,] schnell loslegen zu können“. Es wird damit der Eindruck verschafft, dass Verhandlungen mit Gläubigern stattfinden, sohin zusammen mit dem Schuldner oder durch die Gesellschaft selbst mit Dritten über das - negative - Vermögen des Schuldners Verhandlungen geführt werden, um die Schulden zu verringern. Laut Internetauftritt steht dem Kunden hierfür ein Team aus hochkompetenten Beratern zur Seite, wobei bei der Entscheidung über die Zahlungsmodalitäten die Mandanten mit einbezogen werden.

Für den objektiven Betrachter ergibt sich jedenfalls nicht der Eindruck, dass lediglich die Vermittlung von Interessenten an Vermögensberater vorliegt. Gegenteilig wird mit der Einschaltung „Als Schuldenregulierung übernimmt die CC alle Verhandlungen und den gesamten Schriftverkehr mit Gläubigern wie Banken, Versandhäusern, Kreditanbietern etc.“ klar zum Ausdruck gebracht, dass die CC GmbH selbst tätig wird.

Es mag zutreffen, dass beim Internetauftritt eine Vermögensberatung als solche nicht erwähnt wird, doch erwecken die vorher skizzierten Formulierungen für einen Betrachter der Internetseite den Eindruck, dass eine Beratung hinsichtlich des Aufbaus von Vermögen angeboten wird, da es keinen Unterschied macht, dass es sich bei dem Vermögen, auf welches die angebotenen Leistungen abzielen, um Schulden, sohin „negatives“ Vermögen handelt, welche reduziert werden sollen. Auch eine Schuldenreduzierung stellt einen Vermögensaufbau dar.

Insofern hat der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung erfüllt.

Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung darstellt - tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschwerdeführer hat nicht vorgebracht, dass ihn im konkreten Fall die Einhaltung der überdrehten den Verwaltungsproben nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre. Folglich konnte der Beschwerdeführer nicht im Sinne der Bestimmungen des § 5 Abs 1 VStG Glaubhaftmachen, dass ihn hinsichtlich der tatbildlichen Verletzung der

Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Es ist sohin von zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sind erheblich. Das hier angebotene Gewerbe „Gewerblicher Vermögensberater“ stellt ein reglementiertes Gewerbe im Sinn des § 94 Gewerbeordnung dar, wobei mit der Ausübung dieses Gewerbes umfassende Verpflichtungen (vgl § 136a GewO 1994) für den Gewerbeinhaber insbesondere zum Schutz der Kunden einhergehen. Durch das gegenständliche Anbieten ohne Gewerbeberechtigung wurde dieses Schutzziel unterlaufen.

Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie allfälligen Sorgepflichten hat der Beschwerdeführer nicht gemacht.

Insofern war nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs eine Einschätzung vorzunehmen, wobei mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von einer zumindest durchschnittlichen wirtschaftlichen Situation des Beschwerdeführers ausgegangen wird. Diese Einschätzung hat bereits die belangte Behörde vorgenommen und ist der Beschwerdeführer dieser Annahme nicht entgegengetreten.

Als strafmildernd ist die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu werten; Erschwerungsgründe sind auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht hervorgekommen.

In Ansehung der vorgenannten Strafzumessungsgründe kann die nunmehr verhängte Geldstrafe in Höhe von Euro 400,00 (bei einer Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen) keinesfalls als überhöht angesehen werden. Der gesetzliche Strafrahmen von bis zu 3600,00 Euro wird damit lediglich zu ca 11% ausgeschöpft, wobei verwaltungsgerichtlich insbesondere die bisherige Unbescholtenheit des Beschwerdeführers ins Kalkül gezogen wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden, wobei – innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist - eine Präzisierung des Spruches bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) und den verletzten Verwaltungsvorschriften (§44a Z 2 VStG) zu erfolgen hatte. Zur Richtigstellung der Strafsanktionsnorm war das Verwaltungsgericht verpflichtet (vgl VwGH 28.05.2014, 2012/07/0033, uva).

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht einzubringen.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist 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 bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei 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.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Verwaltungsgericht einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen; dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht 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 können.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl§ 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Ing. Mag. Peinstingl

(Richter)

Schlagworte

handelsrechtlicher Geschäftsführer

Gewerbeausübung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2022:LVwG.2022.32.1926.4

Zuletzt aktualisiert am

15.11.2022

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwG Tirol, <https://www.lwvg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at