

# TE Lvwg Erkenntnis 2017/9/27 LVwG-2016/41/2844-12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.09.2017

## Entscheidungsdatum

27.09.2017

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1994 §5 Abs1

GewO 1994 §94 Z25

GewO 1994 §339 Abs1

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Hermann Riedler über die Beschwerde des Herrn AA, vertreten durch die Rechtsanwaltsgemeinschaft BB, Adresse 1, Y, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 15.11.2016, ZI \*\*\*\*, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, das im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses nach der Wortfolge „Prüfberichte in Bezug auf bädertechnische Überprüfung“ die Wortfolge „, in denen jeweils Maßnahmen beschrieben sind, die dem reglementierten Gewerbe ‚Gas- und Sanitärtechnik‘ gemäß § 94 Z 25 GewO 1994 vorbehalten sind, (zB Installierung von Dosierstationen, Ausbau, Reinigung und Neukalibrierung von Elektroden, Ausbau der Injektionsstelle, Einsetzung neuer O-Ringe, etc.)“ eingefügt und die verletzte Rechtsvorschrift präzisiert wird wie folgt: „§ 5 Abs 1 iVm § 94 Z 25 iVm § 339 Abs 1 und § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 82/2016“.

2. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Euro 120,00 zu leisten.

3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die

Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

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.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

##### I. Verfahrensgang und Beschwerdevorbringen:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 15.11.2016, ZI \*\*\*\*, wurde dem Beschwerdeführer folgende Verwaltungsübertretung zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Sie haben zumindest am 21.08.2016, 29.07.2016, 12.08.2016 selbstständig, regelmäßig und in der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen unbefugt das Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik gem. § 94 Z 25 GewO 1994“ ausgeübt, indem Sie gegen Entgelt bei der Bezirkshauptmannschaft Y Prüfberichte in Bezug auf Bädertechnische Überprüfung eingebracht haben, ohne im Besitz der erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein.

21.08.2016, Hotel F, X; \*\*\*\*

29.07.2016, Hotel DD, W; \*\*\*\*

12.08.2016, Hotel G GmbH, W; \*\*\*\*

Der Beschuldigte habe dadurch die Rechtsvorschrift nach § 5 Abs 1 iVm § 339 Abs 1 und 366 Abs 1 Einleitungssatz Z 1 GewO 1994 verletzt und wurde über ihn wegen dieser Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von Euro 600,00, Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage, verhängt. Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wurde mit Euro 60,00 bemessen.

Gegen dieses Straferkenntnis wurde von AA, rechtsfreundlich vertreten durch die BB Rechtsanwaltschaftsgemeinschaft, fristgerecht Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht und zusammengefasst darauf hingewiesen, dass er seinen Kunden und damit auch den im Straferkenntnis angeführten Hotelinhabern bereits seit vielen Jahren betreffend deren Wasserbadeanlagen mit Rat und Tat zur Verfügung stehe. Er beliebere diese und mache das Service der Mess- und Regelanlagen. Für die Erstellung und Übermittlung der Prüfberichte verrechne er gegenüber seinen Kunden kein Entgelt, sodass bereits aus diesem Grund dem vorgeworfenen Straftatbestand das entsprechende Tatsachensubstrat fehle. Insbesondere zum Beweis, dass eine Entgeltlichkeit für die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen nicht vorliege, stelle er den Antrag auf Ladung und Einvernahme der Zeugen FF, Hotel F, GG, Hotel G GmbH, und II, Hotel JJ Betriebs GmbH & CoKG. Der Beschwerdeführer erachte sich auch dadurch in seinen Rechten verletzt, dass kein bzw mangelhaft durchgeführtes Ermittlungsverfahren durchgeführt worden sei. Aus dem gesamten Akteninhalt ergebe sich keine Belastung seitens des Amtstechnikers Ing. N, sondern lediglich ein Ersuchen um Prüfung. Das Ermittlungsverfahren habe sich darin erschöpft, dass der Beschuldigte, neben einer schriftlichen Bestätigung des BMWFW, aus unerfindlichen Gründen ersucht worden sei, wieder die Gewerbeberechtigung aus Deutschland vorzulegen, obwohl diese bereits der Behörde vorgelegen habe. Der Beschuldigte übe das Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 26 GewO 1994“ nicht aus. Aus dem gesamten Straferkenntnis ergebe sich kein Hinweis darauf, weshalb die vorgeworfenen Umstände dem betreffenden Gewerbe unterliegen würden und reiche der pauschale Hinweis darauf, dass dies so wäre, nicht aus und stelle keine schlüssige und nachvollziehbare Begründung dar. Der Beschuldigte vertreibe Mess-/Regelanlagen, Chemikalien, Dosieranlagen aller Art und Zubehör, Reinigungsmittel, Sauna - und Dampfbadprodukte und betreue die Wasseraufbereitungsanlagen.

Der Beschuldigte übe sein Gewerbe ordnungsgemäß aus und habe bei Beginn der Selbständigkeit durch seinen Steuerberater etc seine Tätigkeiten in Bezug auf die verschiedenen Behörden überprüfen lassen und habe es dazu keine wie immer gearteten Vorbehalte gegeben. Die bädertechnischen Überprüfungsberichte, auf welche die erstinstanzliche Behörde verweise, würden auch keineswegs dem Gewerbe der „Gas- und Sanitärtechnik“ unterliegen.

Die Behörde hätte zudem überprüfen müssen, ob nicht auch die Bestimmungen der §§ 31 und 32 GewO vorlägen. Seitens Herrn Dr. Steiner vom Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft sei dem Beschuldigten angeraten worden, gegen die seinerzeitige Strafverfügung Einspruch einzulegen.

Wenn man den Werdegang des Beschuldigten beleuchte, so zeige dies, dass er es mit viel Einsatz und Engagement dahingehend geschafft habe, einen Kundenstock aufzubauen, der mit seiner Tätigkeit mehr als zufrieden sei. Er halte auch regen Kontakt und Rücksprache mit dem Amt der Tiroler Landesregierung, Sachgebiet Chemisch-Technische Umweltschutzanstalt, und dabei mit dem Amtssachverständigen der CTUA, Herrn Oberrat Dr. KK, weshalb der Antrag gestellt werde, diesen als Zeugen zur mündlichen Verhandlung zu laden. Es würden somit keine Umstände vorliegen, die bedingen würden, dass dem Beschuldigten ein verwaltungsstrafrechtliches Verhalten zur Last zu legen wäre. Der verhängte Strafbetrag sei jedenfalls überhöht. Die Behörde habe zutreffender Weise dargelegt, dass der Beschuldigte unbescholten sei und keine straferschwerenden Umstände vorliegen würden, weshalb jedenfalls nur von einem geringeren Strafbetrag auszugehen gewesen sei.

## II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den Strafakt der Bezirkshauptmannschaft Y zu ZI \*\*\*\*, durch Einholung einer Gewerbeinformation der Wirtschaftskammer Tirol zum reglementierten Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO 1994“, einer schriftlichen Stellungnahme der Wirtschaftskammer Tirol vom 12.06.2017, ob die beschriebenen Tätigkeiten in den Vorbehaltsbereich des zum reglementierten Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ gemäß § 94 Z 25 GewO 1994 fallen bzw ob die ausgeübten Tätigkeiten im Nebenrecht des Gewerbes „Einzelhandel mit chemischen und anderen nicht genehmigungspflichtigen Waren“ erbracht werden können, sowie Durchführung zweier öffentlicher mündlicher Verhandlungen vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 01.03.2017 und am 06.07.2017, im Rahmen welcher der Beschwerdeführer und der Zeuge Dr. KK einvernommen wurden und der Sachverhalt umfassend erörtert wurde. Im Sinne des Verhandlungsergebnisses vom 01.03.2017 wurden vom Beschwerdeführer auch Rechnungen im Hinblick auf die verfahrensrelevanten bädertechnischen Überprüfungen vorgelegt und wurde ergänzend darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer für seinen Sohn L aus erster Ehe unterhaltspflichtig sei und dafür monatlich Euro 435,00 bezahle, der Umsatz für das Jahr 2016 wurde von Euro 380.000,00 auf Euro 419.000,00 korrigiert.

Der Beschwerdeführer betreibt in Z, Adresse 2, das nicht protokollierte Einzelunternehmen MM mit der gemeldeten Tätigkeit „Einzelhandel mit chemischen und anderen nicht genehmigungspflichtigen Waren (\*\*\*\*)“. Ein anderes Gewerbe, insbesondere das reglementierte Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO“, wird vom Beschwerdeführer nicht ausgeübt.

Mit E-Mail vom 16.08.2016 teilte Ing. NN, Bezirkshauptmannschaft Y, dem Gewerbereferat mit, dass ihm im Zuge seiner Bäderüberprüfungen in diversen Hotels im Bezirk Y aufgefallen sei, dass die Firma MM einen Großteil der Badewasseraufbereitungsanlagen betreue und die Hotels mit Chemikalien beliefere. In weiterer Folge wurden dem Gewerbereferat der Bezirkshauptmannschaft Y bädertechnische Überprüfungsberichte zu den Hotels F in X, Hotel DD in W und Hotel G in W folgenden Inhaltes vorgelegt:

<Bild 1 entfernt>

<Bild 2 entfernt>

<Bild 3 entfernt>

<Bild 4 entfernt>

<Bild 5 entfernt>

<Bild 6 entfernt>

<Bild 7 entfernt>

Der Beschwerdeführer betreut in Tirol ca 110 bis 120 Wasseraufbereitungsanlagen in verschiedenen Betrieben (Hotels, öffentliche Bäder, Freibäder, Kurzentren und Therapiezentren), daneben auch Wasseraufbereitungsanlagen in Niederösterreich und Kärnten. Er beliefert diese Betriebe mit den notwendigen chemischen Produkten und wartet die Wasseraufbereitungsanlagen regelmäßig. Vom Beschwerdeführer werden auch die Wasseraufbereitungsanlagen in den Hotels F in X, DD und G in W betreut bzw gewartet, für diese drei Hotels wurden auch die

verfahrensgegenständlichen Überprüfungsberichte erstellt. Die in diesen bädertechnischen Überprüfungsberichten beschriebenen Wartungsarbeiten wurden zum Großteil -beispielsweise mit Ausnahme des Haarfangtests und der Installierung des fehlenden Durchflussmessers beim Hotel DD in W - vom Beschwerdeführer vorgenommen. Die verfahrensgegenständlichen Wartungsarbeiten im Hotel F dauerten ca 1½ Stunden, jene im Hotel G etwa 2½ bis 3 Stunden, die Wartungsarbeiten beim Hotel DD in W waren über mehrere Tage verteilt und dauerten 20 bis 25 Stunden. Vom Beschwerdeführer werden den Kunden normalerweise die gelieferten Chemikalien und Ersatzteile in Rechnung gestellt. Gegenüber dem Hotel F wurden vom Beschwerdeführer im August 2016 rund € 700, gegenüber der Hotel G GmbH in den Monaten August und September 2016 insgesamt rund € 2.400, und gegenüber der Hotel JJ Betriebs GmbH & CoKG vom 28.07.2016 -- 25.08.2016 insgesamt rund € 14.200, in Rechnung gestellt. Normalerweise verrechnet der Beschwerdeführer gegenüber seinen Kundschaften nur die gelieferten Chemikalien und Materialien. Wenn beim Kunden ein Selbstverschulden zu erblicken ist, wird auch eine bestimmte Aufwandpauschale verrechnet. Der Beschwerdeführer sorgt dafür, dass bestehende Wasseraufbereitungsanlagen, vor allem bei Schwimmbädern und Wellnessanlagen, funktionieren, wodurch der Beschwerdeführer Vorteile gegenüber seinen Mitbewerbern hat und die Kunden aufgrund seiner hohen Fachkompetenz Vertrauen in ihn haben. Die in den genannten bädertechnischen Überprüfungsberichten angeführten Maßnahmen liegen auf der ausführenden Ebene und beinhalten auch Manipulationen beispielsweise an wasserführenden Leitungen (Dosierstellen erneuern, Ausbau von Elektroden, Ausbau der Injektionsstelle, Reinigung und neue Einsetzung von Ohrringen etc). Die Gewinnspanne zwischen Einkauf und Verkauf der gelieferten Chemikalien und Ersatzteile beträgt rund 35 %. Die Wasseraufbereitungsanlagen in den Hotel F, DD und G waren zum Zeitpunkt, als dieser die Wartung dieser Anlagen übernahm, bereits vorhanden.

Dass die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten bädertechnischen Überprüfungsberichte vom Beschwerdeführer erstellt wurden, ergibt sich, ebenso wie der Umstand, dass der Großteil der in den bädertechnischen Überprüfungsberichten geschilderten Maßnahmen, beispielsweise mit Ausnahme des Haarfangtests und der Installierung des fehlenden Durchflussmessers beim Hotel DD in W, von ihm durchgeführt wurden, aus der eigenen Verantwortung des Beschwerdeführers, vor allem im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 03.03.2017. Die verrechneten Leistungen ergeben sich aus den mit Schriftsatz vom 14.03.2017 vorgelegten Rechnungen. Im Übrigen ergibt sich der oben wiedergegebene Sachverhalt schlüssig aus dem Akt der belangten Behörde und aus jenem des Landesverwaltungsgerichtes Tirol und wird dieser vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt.

### III. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994-GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 in der zum Zeitpunkt der Verwaltungsübertretung geltenden Fassung BGBl I Nr 82/2016 lauten – auszugsweise wie folgt:

#### 2. Einteilung der Gewerbe

§ 5. (1) Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.

(2) Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1, die nicht als reglementierte Gewerbe (§ 94) oder Teilgewerbe (§ 31) ausdrücklich angeführt sind, sind freie Gewerbe. Unbeschadet allfälliger Ausübungsvorschriften ist für diese kein Befähigungsnachweis zu erbringen.

#### Einfache Tätigkeiten und Teilgewerbe mit vereinfachtem Zugang

§ 31. (1) Einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeiten gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen.

(...)

#### Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32. (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;
2. die ausschließlich für die Erbringung von Leistungen des eigenen Unternehmens bestimmten Maschinen, Werkzeuge und sonstigen Werksvorrichtungen anzufertigen;
3. ihre Betriebseinrichtungen, Maschinen, Werkzeuge, Betriebsmittel, sonstigen Betriebsbehelfe und Betriebsgebäude instand zu halten und instand zu setzen;
4. die Beistellung des zu verwendenden Materials, wenn Aufträge zur Herstellung von Waren erteilt werden;
5. die zum Verkauf der von ihnen erzeugten oder vertriebenen Waren dienenden Verpackungen und Umhüllungen (Säcke, Kartonagen, Tuben, Dosen, Kisten und ähnliche Gegenstände), Etiketten oder sonstigen handelsüblichen Hilfsmittel herzustellen und zu bedrucken;
6. das Aufstellen, die Montage, der Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände;
7. das Sammeln und Behandeln von Abfällen; abfallrechtliche Regelungen bleiben hievon unberührt;
8. Arbeiten, die im zulässigen Umfang ihrer Gewerbeausübung liegen, zu planen;
9. Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen;
10. Waren zurückzunehmen, zu kaufen, zu verkaufen, zu vermieten und zu vermitteln, soweit diese Tätigkeiten nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes sind;
11. einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;
12. Teilgewerbe (§ 31 Abs. 2 ff) auszuüben, soweit das Teilgewerbe in fachlichem Zusammenhang mit der hauptberuflich ausgeübten gewerblichen Tätigkeit steht;
13. die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen Werkverkehrs mit Gütern;
14. die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen, nicht linienmäßigen Personenwerkverkehrs;
15. die unentgeltliche Ausschank von Getränken; hiefür darf jedoch nicht geworben werden und dürfen keine zusätzlichen Hilfskräfte noch ausschließlich diesem Ausschank dienende Räume verwendet werden.

(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.

(...)

§ 33. (1) Die Prüfung und Überwachung von Anlagen, Einrichtungen und Gegenständen darf, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, nur von den zur Herstellung der betreffenden Anlagen, Einrichtungen oder Gegenstände berechtigten Gewerbetreibenden und im Rahmen ihres Fachgebietes von zur Ausübung des Gewerbes eines Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) berechtigten Gewerbetreibenden vorgenommen werden.

(...)

## II. Hauptstück

### Bestimmungen für einzelne Gewerbe

#### 1. Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

25. Gas- und Sanitärtechnik

## 2. Besondere Verfahrensbestimmungen

### a) Anmeldeverfahren

§ 339. (1) Wer ein Gewerbe ausüben will, hat die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

Hauptstück

Strafbestimmungen

§ 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;“

### IV. Erwägungen:

Vom Beschwerdeführer wird nicht bestritten, die im angefochtenen Straferkenntnis näher genannten bädertechnischen Überprüfungen für die Hotels F, DD und G GmbH erstellt und den Großteil der in den bädertechnischen Überprüfungsberichten genannten Wartungsarbeiten selber durchgeführt zu haben.

Wenn vom Beschwerdeführer bestritten wird, dass die in den Überprüfungsberichten näher angeführten Wartungsarbeiten (zB Installierung von Dosierstationen, Ausbau, Reinigung und Neukalibrierung von Elektroden, Ausbau der Injektionsstelle, Einsetzen neuer O-Ringe etc) unter das reglementierte Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO 1994“ fallen, ist auf die vom erkennenden Gericht eingeholte Gewerbeinformation der Wirtschaftskammer Tirol, OZI 2, zu verweisen, wonach der positive Abschluss der Befähigungsprüfung für das Gewerbe Gas- und Sanitärtechnik zur Durchführung der Planung, Installation, Inbetriebnahme, Wartung, Überprüfung, Montage, Reparatur und Instandsetzung ua von Wasseraufbereitungsanlagen und Regenwassernutzungsanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Gasanlagen und Abgasanlagen sowie Umweltschutz und Hygiene im Bereich der Wasser-, Abwasser- und Gasinstallation berechtigt. Ebenso hat die Bundesinnung der Gas-, Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker der Wirtschaftskammer Österreich aufgrund des Ersuchens des erkennenden Gerichtes um Erstattung einer gutachterlichen Stellungnahme, ob bzw welche der vom Beschwerdeführer in den Überprüfungsberichten aufgelisteten Tätigkeiten als einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausführung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsausweis nicht erfordern, oder als für das Gewerbe Gas- und Sanitärtechnik typische Kerntätigkeiten anzusehen sind, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen, sowie weiters zur Frage, ob die vom Beschwerdeführer in den verfahrensgegenständlichen Überprüfungsberichten beschriebenen Tätigkeiten aus der Sicht der Wirtschaftskammer unter die sogenannten Nebenrechte nach § 32 Abs 1 Z 1 bis Z 15 fallen und ob mit den in den verfahrensgegenständlichen Überprüfungsberichten beschriebenen Tätigkeiten in das reglementierte Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ gemäß § 94 Z 25 GewO eingegriffen wird, mit E-Mail vom 12.06.2017, OZI 8, mitgeteilt, dass die vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeiten in den Vorbehaltsbereich des reglementierten Gewerbes „Gas- und Sanitärtechnik“ fallen und dass die ausgeübten Tätigkeiten nicht im „Nebenrecht“ des Gewerbes „Einzelhandel mit chemischen und anderen nicht genehmigungspflichtigen Waren“ erbracht werden können. Gemäß § 33 Abs 1 GewO dürfe die Prüfung und Überwachung von Anlagen, Einrichtungen und Gegenständen, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, nur von den zur Herstellung der betreffenden Anlagen, Einrichtungen und Gegenstände berechtigten Gewerbetreibenden und im Rahmen ihres Fachgebiets von zur Ausübung des Gewerbes eines Ingenieurbüros berechtigten Gewerbetreibenden vorgenommen werden. Zur Herstellung (und damit zur Überprüfung) seien daher jedenfalls Gas- und Sanitärtechniker berechtigt, nicht jedoch Einzelhändler, wie im gegenständlichen Fall.

Das erkennende Gericht schließt sich der Rechtsansicht der Wirtschaftskammer Österreich an, vor allem auch aufgrund des Umstandes, dass nach den Angaben des Beschwerdeführers (vgl Stellungnahme vom 05.04.2017, OZI 7) die in den Hotels F, Hotel DD und Hotel G bestehenden Wasseraufbereitungsanlagen dort bereits installiert waren, bevor der Beschwerdeführer dort erstmals überhaupt tätig geworden ist. Die Wasseraufbereitungsanlagen in diesen Hotels haben bereits über entsprechende Dosieranlagen verfügt und handelte es sich bei den vom Beschwerdeführer getroffenen und in den Überprüfungsberichten geschilderten Maßnahmen um keine Neuinstallationen, sondern jeweils um Erneuerungen der Dosiertechnik. Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf das Merkblatt der Wirtschaftskammer Österreich, Beilage A zur Verhandlungsschrift vom 06.07.2017, verweist, in welchem ausgeführt ist, dass auch Gewerbetreibende welcher Art auch immer, seien es Erzeuger, Händler oder Dienstleister,

unabhängig, ob ein freies oder reglementiertes Gewerbe betrieben wird, die entsprechenden Nebenrechte ausüben können, beispielsweise die Montage, den Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die regelmäßige Wartung hergestellter, verkaufter und vermieteter Gegenstände, die Erbringung von Leistungen anderer Gewerbe, ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass sich die Überprüfungsberechtigung gemäß § 33 GewO grundsätzlich aus der Berechtigung zur Herstellung der zu überprüfenden Anlagen, Einrichtungen und Gegenstände ableitet. Die in § 33 Abs 1 GewO angeführten Tätigkeiten („Prüfung und Überwachung von Anlagen, Einrichtungen und Gegenständen“) dürfen nicht vom jeweiligen Gewerbetreibenden selbst, sondern lediglich von den in § 33 Abs 1 GewO 1994 erwähnten befugten Gewerbetreibenden durchgeführt werden. Insofern normiert § 33 eine Ausnahme vom Selbstbedienungsrecht gemäß § 32 Abs 1 Z 3 GewO (vgl Hermann Grabler, Harald Stolzlechner, Harald Wendl, GewO 1994, 3. vollständig überarbeitete Auflage, Seite 469, Rz 4).

Von den genannten Nebenrechten kommt darüber hinaus im gegenständlichen Fall allenfalls die Ziffer 1. und 6. des § 32 Abs 1 GewO 1994 in Betracht. Nach Hermann Grabler, Harald Stolzlechner, Harald Wendl, GewO 1994, 3. vollständig überarbeitete Auflage, Seite 469 und 460, Rz 15, sind mit den Begriffen „Aufstellen“, „Montage“, „Austausch schadhaft gewordener Bestandteile“ etc, Tätigkeiten mit ausschließlichem Servicecharakter angesprochen. Im Rahmen der Z 6 sind laut dieser Randziffer folglich darüber hinausgehende Tätigkeiten, wie insbesondere Instandsetzungs- oder etwa Reparaturarbeiten an verkauften oder vermieteten Gegenständen, nicht erlaubt. Inwiefern im verfahrensgegenständlichen Fall Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen gewesen wären, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen, sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Wasseraufbereitungsanlagen in den drei zuvor genannten Hotels bereits vor Aufnahme der Tätigkeit durch den Beschwerdeführer vorhanden waren, weshalb dieses Nebenrecht in Folge der Ausübung des freien Gewerbes „Handel mit chemischen und anderen nichtgenehmigungspflichtigen Waren“ (\*\*\*\*) ebenso nicht geltend gemacht werden kann. Von der Ausübung einfacher Tätigkeiten des reglementierten Gewerbes Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO 1994 kann verfahrensgegenständlich ebenfalls keine Rede sein, zumal mit den in den Überprüfungsberichten teilweise angeführten Tätigkeiten Manipulationen an bestehenden wasserführenden Systemen durchgeführt werden. Bei der Ausübung der Rechte gemäß § 32 Abs 1 GewO 1994 hat darüber hinaus der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten zu bleiben. Darüber hinaus normiert § 32 Abs 2 GewO 1994 eine allgemeine Schranke, die eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Nebenrechte gemäß § 32 verhindern soll. Demnach darf ein Gewerbetreibender nicht im Wege der Ausübung eines oder mehrerer Nebenrechte gemäß § 32 GewO den wirtschaftlichen Schwerpunkt seiner hauptberuflich ausgeübten gewerblichen Tätigkeit verschieben und damit die Eigenart seines ursprünglichen Betriebes verändern. Insoweit erweist sich, vor allem aufgrund der nachvollziehbaren Äußerung der Bundesinnung der Gas-, Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker der Wirtschaftskammer Österreich, der Beseitigung des Beschwerdeführers auf Einholung eines Amtssachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass die Übermittlung von Prüfberichten in Bezug auf bädertechnische Überprüfung nicht dem Gewerbe Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO unterliegt und zum Beweis dafür, dass eine solche Tätigkeit im Verhältnis der sonstigen Tätigkeiten des Beschuldigten jedenfalls als untergeordnet anzusehen ist, als nicht erforderlich, diesem Beseitigung war somit nicht zu entsprechen. Eine Begründung, warum die vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeiten unter weitere der im § 32 Abs 1 GewO genannten Nebenrechte fallen sollten, ist der Beschwerdeführer schuldig geblieben.

Wenn der Beschwerdeführer schließlich der Ansicht ist, die ihm zur Last gelegte Tätigkeit nicht in der Absicht zu betreiben, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen und dass er für die Erstellung und Übermittlung der Prüfberichte kein Entgelt verrechnet hat, sodass dem vorgeworfenen Straftatbestand auch aus diesem Grund das entsprechende Tatsachensubstrat fehlt, ist darauf hinzuweisen, dass es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, um von einer Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs 1 GewO 1994 ausgehen zu können, nicht darauf ankommt, ob mit der in Rede stehenden Tätigkeit tatsächlich ein Ertrag oder wirtschaftlicher Vorteil erzielt wird. Die Absicht ist aus äußeren Umständen abzuleiten. Herkömmlich genügt es, dass eine Tätigkeit im Allgemeinen auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteiles gerichtet ist, der im Einzelnen nicht unbedingt in einem geldlichen Gewinn bestehen muss. Eine solche Ertragserzielungsabsicht ist gegeben, wenn die einer gewerblichen Tätigkeit entsprechenden Geschäfte in einer Weise abgeschlossen werden, welche die Möglichkeit der Erzielung eines Gewinnes offen lässt, und welche eben charakteristisch ist für den auf einen Gewinn abzielenden Betrieb einer

Unternehmung. Unter Ertrag bzw wirtschaftlichem Vorteil ist jede wirtschaftlich positive Wirkung, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinnes, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte, wie zB die Festigung bestehender Geschäftsverbindungen, die Vergrößerung des Kreises der Geschäftskunden, die Steigerung des Bekanntheitsgrades eines Unternehmens oder die Verbesserung der Kreditwürdigkeit zu verstehen (vgl VwGH vom 09.09.2015, Ra 2015/03/0031).

Dass mit der Erstellung der bädertechnischen Überprüfungsberichte und den darin beschriebenen Tätigkeiten der Gas- und Sanitärtechnik für den Beschwerdeführer positive Effekte bewirkt wurden bzw werden, hat dieser schon damit begründet, dadurch Vorteile gegenüber seinen Mitbewerbern zu erzielen, dass die Kunden Vertrauen in ihn gewinnen und dass dadurch der erfolgreiche Absatz der von ihm gehandelten Waren, welcher ihm eine Gewinnspanne von 35 % zwischen Einkauf und Verkauf gewährt, ermöglicht wird. Aufgrund der zit Judikatur war sohin die zeugenschaftliche Einvernahme der Hotelbetreiber FF, GG und II zum Beweisthema, dass ihnen gegenüber konkret für die Erstellung und Übermittlung der Prüfberichte kein Entgelt verrechnet wurde, nicht erforderlich. Dass diese Tätigkeiten auf das Einzelunternehmen des Beschwerdeführers eine wirtschaftlich positive Wirkung haben, ist nach Ansicht des erkennenden Gerichtes unbestritten.

Der Beschwerdeführer hat sohin die ihn zur Last gelegte Übertretung in objektiver Hinsicht zu verantworten.

Was die subjektive Tatseite betrifft, ist anzuführen, dass gemäß § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts 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 solchen „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.

Gemäß § 5 Abs 2 VStG entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Verbotsunkenntnis ist dann vorwerfbar, wenn sich der Täter trotz Veranlassung über den Inhalt der einschlägigen Normen nicht näher informiert hat. Es besteht also insoweit eine Erkundigungspflicht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat sich jedermann mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen (etwa VwGH 14.01.2010, 2008/09/0175). Eine derartige Erkundigungspflicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Existenz einschlägiger Regeln für die jeweilige Tätigkeit erkennbar ist – so zB für die Ausübung eines Gewerbes oder einer Landwirtschaft. Der Beschwerdeführer war als Gewerbetreibender in Deutschland somit verpflichtet, sich über die maßgeblichen Vorschriften, die bei der Ausübung seines Gewerbes in Österreich einzuhalten sind, also auch über die einschlägigen gewerberechtlichen Vorschriften, in Kenntnis zu setzen (vgl zur diesbezüglichen Erkundigungspflicht etwa Lewisch/Fister/Weilguni, VstG [2013] § 5 RZ 18 und die dort wiedergegebene Judikatur). Der Beschwerdeführer hätte somit bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde in Y entsprechende Einkünfte einzuholen gehabt, dies hat er jedoch unterlassen. Auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Wirtschaftstreuhändern oder eines Steuerberaters darf sich der Arbeitgeber nicht verlassen (VwGH 23.11.2005, 2004/09/0168 ua). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dürfen nur im Falle der Erteilung einer auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten unrichtigen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden. Dies war verfahrensgegenständlich nicht der Fall, der Beschwerdeführer vermochte auch nicht eine entsprechende Fragestellung an das BMFWF sowie eine schriftliche Stellungnahme des Ministeriums vorzulegen.

Der Beschwerdeführer hat sohin die ihm nunmehr spruchgemäß zur Last gelegte Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten und war beim Verschulden von zumindest fahrlässigem Verhalten auszugehen.

#### V. Zur Strafbemessung:

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 (§§ 40 bis 46) 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.

Der Beschwerdeführer gab anlässlich seiner Einvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol an, als Unternehmer über ein monatliches Nettoeinkommen zwischen Euro 3.000,00 und Euro 3.500,00 und als Vermögen über ein Haus zu verfügen. Weiters gab er ergänzend an, für einen Sohn aus erster Ehe unterhaltspflichtig zu sein und dafür monatlich Euro 435,00 zu bezahlen. Der Umsatz seines Betriebes für das Jahr 2016 habe Euro 419.000,00 betragen.

Durch die dem Beschwerdeführer angelastete Verwaltungsübertretung wurde das durch die Strafdrohung als schutzwürdig erkannte Interesse am Ausschluss hierfür nicht berechtigter Personen von der Ausübung gewerberechtlicher Tätigkeiten geschädigt. Als mildernd war die bisherige Unbescholtenheit des Beschwerdeführers, als erschwerend nichts zu werten. Als Verschuldensgrad war zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen.

Unter Zugrundelegung dieser Strafbemessungskriterien haben sich sohin gegen die durch die belangte Behörde verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,00 keine Bedenken ergeben. Damit wurde der gesetzliche Strafrahmen von bis zu Euro 3.600,00 nur ein Ausmaß von ca 17 % ausgeschöpft und ist die verhängte Strafe bei den wirtschaftlich durchschnittlichen Verhältnissen auch keinesfalls überhöht.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 45 Abs 1 letzter Satz VStG, haben nicht vorgelegen. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach von einem geringfügigen Verschulden nur dann gesprochen werden kann, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl VwGH 17.04.1996, ZI 94/03/0003 ua). Im gegenständlichen Fall haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dem Beschwerdeführer ein wesentlich geringerer Sorgfaltsverstoß zur Last liegt als bei anderen Übertretungen der betreffenden Verhaltensnorm.

Der Beschwerde kommt sohin keine Berechtigung zu und war diese spruchgemäß abzuweisen.

Der Kostenspruch stützt sich auf die dort angeführten Gesetzesbestimmungen.

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.

Hinweis:

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

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hermann Riedler

(Richter)

### **Schlagworte**

Gas- und Sanitärtechnik; unbefugte Gewerbeausübung; Nebenrechte;

### **Anmerkung**

Der Verwaltungsgerichtshof wies die gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 06.07.2017, Z LVwG-2016/41/2844-12, erhobene außerordentliche Revision mit Beschluss vom 29.01.2018, Z Ra 2017/04/0127-3, zurück.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2017:LVwG.2016.41.2844.12

**Zuletzt aktualisiert am**

20.02.2018

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)