

TE Lwvg Erkenntnis 2017/10/10 LVwG-2017/14/0102-3

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.10.2017

Entscheidungsdatum

10.10.2017

Index

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §94 Z35

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

GewO 1994 §366 Abs4

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Klaus Dollenz über die Beschwerde des Herrn AA, Adresse 1, Z gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 16.12.2016, GZ **** aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 27.09.2017,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG iVm § 38 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 eingestellt.
2. 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. Es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es 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 kann.

Entscheidungsgründe

Mit dem Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer Nachstehendes zur Last gelegt:

„Sie haben verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass zu einem unbestimmten Zeitpunkt,

a) jedenfalls am 17.11.2016 um 08:13 Uhr (Feststellung der Übertretung) auf Ihrer Internetseite www.****.at Sie als „AA Privatstiftung“ Tätigkeiten, welche dem reglementierten Gewerbe nach § 94 Z. 35 Gewerbeordnung 1994 (GewO) - Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) vorbehalten sind, an einen größeren Kreis von Personen angeboten, indem Immobilien (wie z.B. Y – Gewerbeobjekt Adresse 9 oder X - Adresse 2) in Vermietung oder Verkauf angeboten werden und dadurch für die Öffentlichkeit der Eindruck erweckt wurde, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallenden gewerblichen Tätigkeit Ihrerseits entfaltet wird;

b) jedenfalls am 17.11.2016 um 11:22 Uhr (Feststellung der Übertretung) auf der Internetseite www.****.com Sie als „AA Privatstiftung“ Tätigkeiten, welche dem reglementierten Gewerbe nach § 94 Z. 35 Gewerbeordnung 1994 (GewO) - Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) vorbehalten sind, an einen größeren Kreis von Personen angeboten, indem Immobilien (wie z.B. Abstellplätze für PKW Y oder Autoabstellplätze und Tiefgarage Y Wgasse) in Vermietung angeboten werden und dadurch für die Öffentlichkeit der Eindruck erweckt wurde, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallenden gewerblichen Tätigkeit Ihrerseits entfaltet wird.

Nach § 1 Abs. 4 zweiter Satz Gewerbeordnung 1994 (GewO) wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 94 Z. 35 i.V.m. § 366 Abs. 1 Z. 1 und § 1 Abs. 4 zweiter Satz Gewerbeordnung 1994 (GewO)

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€): Gemäß:	Ersatzfreiheitsstrafe:
€ 500,--	§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 46 Stunden
	1994 (GewO)

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 50,- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe mit € 100,--anzusetzen.

€ 0,00 als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 550,--“

Das Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer am 20.12.2016 zugestellt.

Innerhalb offener Frist wurde eine als Einspruch bezeichnete Beschwerde erhoben und dazu ausgeführt wie folgt:

„Das bezügliche Straferkenntnis ist am 16.12.2016 ausgefertigt worden. Dieses konnte sohin frühestens am 19.12.2016 zugestellt worden sein. Die 4wöchige Beschwerdefrist endet sohin frühestens am 16.01.2017. Die hiermit am 30.12.2016 eingebrachte Beschwerde ist sohin rechtzeitig. Ich vertrete mehrere in meinem mittelbaren, meinem unmittelbaren Mehreits- oder bis auf einen Fall im Alleineigentum stehende, Immobilien haltende Gesellschaften als deren jeweils einzig zeichnungsberechtigte Person, entweder als alleinzeichnungsberechtigter

Geschäftsführer oder als einziger persönlich haftender Gesellschafter. Von der Familie AA Privatstiftung wurde ich als Stifter, Beirat und Begünstigter vom Vorstand weisungsgebunden damit betraut, deren um fassendes Liegenschaftsvermögen zu verwalten. Alle vorgenannten Gesellschaften sowie die Familie AA Privatstiftung halten deren Liegenschaftsvermögen langfristig, dies ist ausschließlich zur Vermietung bzw. zur Eigennutzung bestimmt. Die vorgenannten Gesellschaften sowie die Familie AA Privatstiftung bedienen sich zur besseren Bekanntmachung deren

vermietbaren Liegenschaften einer gemeinsamen Homepage, der www.****.at und einer Internetplattform der EE. Die jeweiligen Gesellschaften treten bei der Verwaltung und der Vermietung ihrer in ihrem jeweiligen Eigentum stehenden Liegenschaften jeweils in deren eigenen Namen, vertreten durch mich als deren Organ bzw. weisungsgebundener Betrauter durch den Vorstand der Familie AA Privatstiftung auf. Siehe dazu beispielsweise das Exposee zur Liegenschaft Y Adresse 9 (www.****.at), dort ist die Kontaktadresse mit "FF GmbH" angegeben. Siehe beispielsweise auch das Kontaktformular (http://www.****.at/kontakt.html), dort bin ich persönlich, als Geschäftsführer bzw. für die Familie AA Privatstiftung weisungsgebundener Beauftragter angeführt, als solcher ich bei der Verwaltung und der Vermietung der Liegenschaften ich jeweils auch agiere. Beweis: Einsichtnahme in die Homepage www.****.at Ich lege zum Beweis meiner behaupteten Organstellungen einen Ausdruck aus dem Firmenbuch bei, woraus sich eine mannigfachen Organstellungen ergeben. Ich trete bei der Verwaltung und Vermietung der einschlägigen Liegenschaften nicht in meinem Namen und für fremde Rechnung auf, sondern jeweils im Namen und für Rechnung der jeweiligen Gesellschaften bzw. als weisungsgebundener Beauftragter der – J Familie AA Privatstiftung. Meine Tätigkeit, bezogen auf die Verwaltung und Vermietung der einschlägigen Liegenschaften erfolgt sohin ausschließlich als Organ für die von mir vertretenen Gesellschaften bzw. als weisungsgebundener Beauftragter der Familie AA Privatstiftung. Meine einschlägige Tätigkeit erfüllt sohin nicht den Tatbestand eines Immobilienrehändlers bzw. eines Immobilienmaklers iS des § 94 Ziff. 35 GewO bzw. des § 117 GewO. Die Verwaltung und Vermietung des eigenen Vermögens der jeweiligen Gesellschaften bzw. der Familie AA Privatstiftung erfüllt nicht den Tatbestand der Tätigkeit eines Immobilienrehändlers bzw. eines Immobilienmaklers iS des § 94 Ziff. 35 und § 117 GewO. Ich stelle daher den Antrag, das Verfahren einzustellen und stelle gleichzeitig den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Für den Fall, dass eine Einstellung des Strafverfahrens vor Abhaltung einer mündlichen Verhandlung in Aussicht gestellt wird, kündige ich hiermit meine Bereitschaft zur Verfahrensvereinfachung auf einen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zurückzuziehen. Mit vorzüglicher Hochachtung! AA“

Der Beschwerde war eine Liste der Funktionen angeschlossen, die der Beschwerdeführer ausübt bzw. ausgeübt hat.

Aufgrund der erhobenen Beschwerde wurde am 27.09.2017 die öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der der Beschwerdeführer einvernommen wurde. Es wurde Beweis durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt aufgenommen.

Mit dem Spruch des Straferkenntnis wird dem Beschwerdeführer persönlich im Wesentlichen die Tätigkeit eines Immobilienrehändlers iSd § 117 Abs 2 Z 1 und 3, aber insbesondere Z 2 GewO durch Einschaltungen von Inseraten im Internet vorgeworfen.

Anlässlich seiner Einvernahme räumte er ein, dass die im Spruch des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Y angeführten Internetseiten am 17.11.2016 eingeschaltet gewesen sind. Er gab dazu an, dass diese Seiten schon seit längerer Zeit, seiner Erinnerung nach seit 2 Jahren existieren. Auf der jeweiligen Internetseite seien sieben Symbolfotos mit sieben Adressen sichtbar. Wenn man diese anklicke scheine „AA Privatstiftung“ auf und werden die Objekte beschrieben. Beim Y Gewerbeobjekt Adresse 9 werde nur ein Objekt angeboten. Bei der Adresse 3 vier Objekte, ein Geschäftslokal und drei Wohnungen. Beim Objekt Y Wgasse sind 17 Objekte aufgelistet, beim Objekt Z Adresse 4 nur eins, beim Projekt X Adresse 2, acht Objekte. Unter der Adresse X Adresse 6 werden Objekte angeboten, die im Eigentum der KA ** stehen, unter der Adresse R, Adresse 7 werden zwei Wohnungen offeriert und ebenso unter der Adresse S, Adresse 8.

Wenn sich jemand aufgrund der Internetseite für die angeführten Objekte interessiert, kommt er über die dort angegebene Telefonnummer zu Frau JJ, die seine Sekretärin ist. Bei Abschluss der Verträge würden keine Provisionen kassiert werden.

Hinsichtlich der Adresse Y, Gewerbeobjekt Adresse 9 führt er aus, dass diese im Eigentum der FF GesmbH steht. Er ist zudem an dieser Firma persönlich beteiligt und zwar zu 62 %. Er sei alleiniger Geschäftsführer der FF GesmbH. Hinsichtlich der Adresse 3 führte er aus, dass die dort vorhandenen Objekte im Eigentum der Familie AA Privatstiftung stehen. Diese Stiftung habe die KK GesmbH beauftragt, das Vermögen der Stiftung zu verwalten, die Buchhaltung zu besorgen, Jahresabschlüsse zu erstellen. Er ist 100 % Gesellschafter dieser KK GesmbH und alleiniger Geschäftsführer. Hinsichtlich der Adresse 3 führte er aus, dass dort 17 Objekte aufgelistet sind, die entweder im Eigentum einer AA Privatstiftung oder im Eigentum der Tochtergesellschaft der Familie AA Privatstiftung stehen. Es handelt sich dabei um Kommanditgesellschaften, bei denen er Komplementär und alleinvertretungs- und zeichnungsberechtigt ist. Es

handelt sich insgesamt um fünf Kommanditgesellschaften, und zwar um die LL KG. Adresse 4 ist ein Objekt, das im Eigentum der Familie AA Privatstiftung steht. Betreffend Adresse 2 führte er aus, dass Eigentümerin der acht Mietobjekte die PP KG ist. Er ist alleiniger Gesellschafter. Hinsichtlich der Adresse 6 führte er aus, dass Eigentümerin in diesen Objekten die MM KG ist, welche eine 100 %ige Tochter der Familie AA Privatstiftung ist. Er ist der einzige Komplementär und für diese Firma zeichnungsberechtigt. Zur Adresse R, Adresse 7 gab er an, dass sich dort zwei Wohnungen befinden, die im Eigentum einer Tochtergesellschaft der NN GmbH stehen. Er sei alleiniger Eigentümer, einziger Komplementär und als einziger zeichnungs- und vertretungsbefugt. Bei der Adresse S, Adresse 8, gab er an, dass diese im Eigentum der Familie AA Privatstiftung stehen.

Betreffend der EE Einschaltung gab er an, dass die Kategorie „Makler“ nicht von ihm stamme sondern diese Kategorisierung von der TT vorgenommen worden ist. Unter dieser Kategorie würden nicht nur Makler sondern auch Privatpersonen ihre Objekte anbieten.

Gemäß § 1 Abs 1 GewO gilt dieses Bundesgesetz, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Nach Abs 2 leg cit wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist, hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgebiet unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Nach Abs 3 leg cit liegt Selbstständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Nach Abs 4 gilt eine einmalige Handlung 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 Gewerbe bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Bei der ersten Internetadresse wird folgendes angeführt:

http://www.****.at/

AA Immobilien

„AA Privatstiftung“

Bei der zweiten Einschaltung wird folgendes angeführt:

http://****.com

Es befindet sich dort auch die Headline

„AA Privatstiftung“

und in weiterer Folge:

Fam. AA Privatstiftung wobei unter Kategorie Makler vier Objekte zur Vermietung angeführt werden.

Den Einschaltungen lässt sich nicht entnehmen, dass eine Provision für eine Vermittlung verlangt wird.

Aus dem vorgelegten Akt lässt sich entnehmen, dass die Familie AA Privatstiftung unter der Adresse 10, Z im Firmenbuch eingetragen ist, wobei Vorstand der Stiftung MMag. RR, QQ sowie OO sind, die gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied Vertretungsbefugt sind.

Feststeht, dass der Beschwerdeführer nicht Vorstandsmitglied der AA Privatstiftung ist. Es ist offensichtlich, dass er einer der Stifter der AA Privatstiftung ist, somit ihm ein bedeutender Einfluss zukommt. Er hat sich auch dahingehend verantwortet, dass die AA Privatstiftung die Firma KK Gesellschaft mit der Verwaltung des Vermögens beauftragt hat, er alleiniger Gesellschafter sowie vertretungsbefugt ist und dies auch auf die anderen Firmen zutrifft.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgericht Tirol fehlt es im gegenständlichen Fall an der Voraussetzung des § 1 Abs 3 GewO.

Eine Selbstständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt nämlich dann vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Der Beschwerdeführer ist nicht aus Eigenem tätig sondern im Rahmen seiner Befugnis als Geschäftsführer bzw Komplementär der von ihm geleiteten Firmen, sodass dieses Tätigsein, nicht auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird sondern jeweils diesen Firmen zuzurechnen ist. Der Beschwerdeführer hat glaubwürdig dargetan, dass von ihm für den Abschluss der Geschäfte keine Provisionen verlangt werden, wie es einem Maklerberuf eigen ist und somit von ihm aus der Vermittlung kein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil gezogen wird. Es handelt sich zum überwiegenden Teil um (firmen)eigene Immobilien. Dass die Objekte überwiegend zum Verkauf angeboten werden ergibt sich nicht. Ebenso steht fest, dass keine Objekte angeboten werden die in keinem persönlichen Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer stehen.

Dem Maklergewerbe ist immanent, dass im Regelfall kein Bezug zu den zur Vermietung oder zum Kauf angebotenen Objekten besteht.

Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass der erhobene Schuldvorwurf nicht berechtigt ist.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Gegenstandsfall keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer solchen.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Klaus Dollenz

(Richter)

Schlagworte

Anbieten von Immobilien ohne Provision; eigene Immobilien; Vermittlung; kein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LWVGTI:2017:LVwG.2017.14.0102.3

Zuletzt aktualisiert am

13.11.2017

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