jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2017/2/3 405-6/8/1/4-2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 03.02.2017

Entscheidungsdatum

03.02.2017

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §366 Abs1 Z1
GewO 1994 §117

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch Richter Ing. Dr. Adalbert Lindner über die Beschwerde von Ing. AB AA, AF-Straße, AD, vertreten durch die Dr. AG Rechtsanwalt GmbH, AJ-Straße, AH, gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde Bezirkshauptmannschaft Tamsweg vom 21.01.2016, Zahl xxx,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs 1 VwGVG iVm §§ 366 Abs 1 Z 1 und 1 Abs 4 Satz 2 GewO wird der Beschwerde keine Folge gegeben und diese als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 80 zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach 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

Verfahrensgang und Beschwerdevorbringen:

Nach einer anonymen Anzeige im Juli 2015 und anschließender amtswegiger Prüfung erließ die belangte Behörde jeweils eine Strafverfügung gegen den Beschwerdeführer sowie gegen JJ KK und MM NN gemäß § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 4 Satz 2 iVm § 94 Z 35 Gewerbeordnung (GewO). Diese seien als handelsrechtliche Geschäftsführer der FF GG GmbH und damit als zur Vertretung nach außen berufene Organe (§ 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)) dafür verantwortlich, dass die Gesellschaft zumindest am 23.07.2015 am Standort HH, II-Straße, das Bauträgergewerbe iSd § 1 Abs 4 Satz 2 GewO ausgeübt hat, indem sie im Internet und damit einem größeren Kreis von Personen unter "ZZZ" den Bau von Wohnobjekten, insbesondere das derzeitige Projekt „OO in AD“ im Umfang des Baues und des Verkaufs von vier Wohnungen, Parkplätzen und Carports angeboten hat, was der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten ist,

ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung, nämlich die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes Immobilientreuhänder gemäß § 94 Z 35 GewO, eingeschränkt auf „Bauträger“, erlangt zu haben.

Dagegen erhoben der Beschwerdeführer, JJ KK und MM NN durch ihre gemeinsame Rechtsvertretung jeweils mit Schreiben vom 11.08.2015 Einspruch. In ihren gleichlautenden Stellungnahmen vom 15.09.2015 brachten sie näher vor, weshalb die Strafverfügungen rechtswidrig seien. Sie wiesen insbesondere darauf hin, dass keine Tätigkeit iSd Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) ausgeübt worden sei. Der Tatbestand des § 366 Abs 1 Z 1 GewO sei folglich nicht erfüllt.

Mit Straferkenntnissen vom 21.01.2016 bestätigte die belangte Behörde im Ergebnis die Bestrafung des Beschwerdeführers sowie von JJ KK und MM NN als vertretungsbefugte Organe wegen der unbefugten Ausübung des Gewerbes „Immobilientreuhänder gemäß §94 Z35 GewO, eingeschränkt auf Bauträger“ durch die FF GG GmbH. Die Geldstrafen beliefen sich auf jeweils € 400 (Ersatzfreiheitsstrafe: je 32 Stunden). Den in den Stellungnahmen vom 15.09.2015 vorgebrachten Einwendungen folgte die belangte Behörde nicht.

Der Beschwerdeführer, JJ KK und MM NN erhoben gegen die Straferkenntnisse mit inhaltlich identen Schriftsätzen vom 19.02.2016 Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Salzburg. Die Straferkenntnisse seien sowohl in materiell- als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht verfehlt. Die FF GG GmbH bzw die Adressaten der Straferkenntnisse hätten das Gewerbe des Immobilientreuhänders, eingeschränkt auf Bauträger, nicht ausgeübt. Sie seien nicht als Bauträger, sondern als Investoren zu qualifizieren. Ferner habe die belangte Behörde dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht entsprochen und die Beweiswürdigung fehlerhaft vorgenommen. Bei Durchführung eines mangelfreien Verfahrens und richtiger inhaltlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde das Verwaltungsstrafverfahren einstellen müssen. Beantragt wurden die Aufhebung der Straferkenntnisse und die Einstellung der Verwaltungsstrafverfahren, in eventu eine Ermahnung iSd § 45 VStG, in eventu die Herabsetzung der Strafe, in eventu die Zurückverweisung der Verfahrensstrafsache zur Ergänzung des Verfahrens an die belangte Behörde.

Das Landesverwaltungsgericht führte in dieser Angelegenheit am 11.04.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Es erschienen der Beschwerdeführervertreter sowie MM NN, einer der Beschuldigten. Mit Einverständnis des Rechtsvertreters brachte das Landesverwaltungsgericht die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung. Im Zuge der Verhandlung wurden die Akte der belangten Behörde verlesen.

Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Die unter der Internetadresse "ZZZ" zugängliche Website der FF GG GmbH, FN XY, Sitz: II-Straße, HH, wies am 23.07.2015 ua folgende Inhalte auf:

„Willkommen bei FF GG ‚wir erfüllen Ihre Wohnträume‘

Qualität – Design – Komfort, von diesen 3 Säulen werden alle unsere Projekte getragen. Mit viel Liebe zum Detail sanieren wir Wohnhäuser und bauen Wohnungen [sic!] die die Persönlichkeit der zukünftigen Eigentümer wiederspiegelt [sic!]. Das ‚OO‘ ist ein neues Projekt [sic!] das nicht nur durch seine traumhafte Lage besticht.

……nur noch 2 Wohnungen frei!!!

FF GG, II-Straße, HH

Tel.: QQQ e-mail [sic!]: YYY“

In einer mehrseitigen auf der Website der FF GG GmbH am 23.07.2015 zugänglichen Broschüre wurde das Projekt „OO“ näher beschrieben. Konkret wurde ein Wohnhausobjekt mit vier Wohnungen in AD beworben. Zwei der vier Wohnungen wurden in der Broschüre als „verkauft“ ausgewiesen; die übrigen zwei Wohnungen standen demnach noch zum Verkauf. Nähere Angaben zu den Wohnungen (Wohnfläche, Geschoß, Nutzfläche, Kaufpreis, etc) sowie je ein Grundriss waren in der Broschüre enthalten, ebenso eine mehrseitige Bau- und Leistungsbeschreibung. Diese enthielt Angaben zu Mauerwerk, Fenstern, Innen-Eingangstüren, Heizung, Elektroinstallation, Wasser, Terrassen sowie Dach- und Spenglerarbeiten. In Bezug auf die Bereiche Bäder und WC wurde (potentiellen) Käufern unter der Überschrift „Wählen sie [sic!] aus drei Varianten ohne Aufpreis:“die Möglichkeit eingeräumt, sich ohne Aufpreis zwischen drei

verschiedenen Verfliesungsvarianten zu entscheiden. Auch im Hinblick auf Innentüren und Böden wurden mehrere Varianten angeboten. Auf Wunsch des Käufers werde, so die Angaben in der Broschüre weiter, die FF GG GmbH Angebote für individuelle Wandgestaltung und Möbel unterbreiten.

Das Projekt „OO“ war am 23.07.2015 noch nicht vollständig umgesetzt. Die Fertigstellung erfolgte im ersten Quartal des Jahres 2016. Entgegen den Angaben auf der Website waren zu diesem Zeitpunkt noch keine Wohnungen aus dem „OO“ verkauft.

Die FF GG GmbH hatte den Willen, das grundsätzlich nach ihren Vorstellungen konzipierte Bauvorhaben „OO“ zu verwirklichen. Sie koordinierte und organisierte insbesondere die zur Ausführung des Vorhabens erforderlichen Maßnahmen, zB in Form der in der Broschüre genannten Gestaltungsvarianten, durch die Auswahl von Fenstern, Türen und Art der Heizungsanlage sowie durch die Einholung behördlicher Bewilligungen. Die GmbH ließ das Projekt auf eigene Rechnung ausführen, wickelte den entsprechenden Zahlungsverkehr ab und trat – noch in der Bauphase – als Verkäuferin von Wohnungen auf. Die GmbH hatte bereits in der Bauphase die Absicht, Verpflichtungen mit Käufern einzugehen, denen Mitsprachemöglichkeiten bei der Gestaltung der Wohnungen eingeräumt wurden. Die GmbH erweckte mit der Formulierung „nur noch 2 Wohnungen frei!!!“ den Eindruck, bereits entsprechende Verpflichtungen eingegangen zu sein.

Neben dem Projekt „OO“ waren am 23.07.2015 auf der Website der FF GG GmbH auch die Projekte „Haus RR in AD“ und „Landhaus TT in WW“ dargestellt. Diese beiden Projekte waren mit dem Hinweis „verkauft“ versehen.

Der Geschäftszweig der FF GG GmbH war am 23.07.2015 im Firmenbuch wie folgt angegeben: „Erwerb, Sanierung und Verkauf von Immobilien, Bauträgertätigkeiten, Bau- und Baunebengewerbe, Innenausbauplanungen, Inneneinrichtungen, Handel mit Waren aller Art, Beteiligungsverwaltung“. Die Gesellschaft verfügte zumindest zu diesem Zeitpunkt über keinerlei Gewerbeberechtigung, somit auch nicht über eine Berechtigung für das Gewerbe „Immobilientreuhänder“ oder „Immobilientreuhänder eingeschränkt auf Bauträger“. Ein gewerberechtlicher Geschäftsführer war zu diesem Zeitpunkt nicht bestellt.

Der Beschwerdeführer sowie JJ KK und MM NN waren am 23.07.2015 Geschäftsführer iSd GmbH-Gesetzes (GmbHG) der FF GG GmbH. Jeder von ihnen war gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer zur Vertretung der GmbH berechtigt. Gemäß interner Aufgabenverteilung war der Beschwerdeführer vor allem mit Innenraumplanung, Ausführung von Fenstern, Böden, Küchen, etc betraut. MM NN oblag insbesondere der Verkauf von Objekten. JJ KK war – ungeachtet seiner Stellung als handelsrechtlicher Geschäftsführer – de facto im operativen Geschäft nicht tätig.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass sich einer der Geschäftsführer im Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand und dem Internetauftritt der GmbH nach dem Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für „Immobilientreuhänder, Teilbereich/eingeschränkt auf Bauträger“ erkundigt hat.

Der Beschwerdeführer war am 23.07.2015 Inhaber einer Berechtigung für das Gewerbe „Technische Büros – Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) gemäß § 94 Z 69 GewO 1994 auf dem Fachgebiet Innenarchitektur“ sowie für das „Handelsgewerbe (mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe) gemäß § 5 Abs 2 GewO 1994“ und gewerberechtlicher Geschäftsführer der "UU Gesellschaft m.B.H. & CoKG" (Gewerbe: Tischler gem § 94 Z 38 GewO 1973).

Der Beschwerdeführer hat zu seinen persönlichen Verhältnissen (Einkommen, Vermögen, Sorgepflichten) weder gegenüber der belangten Behörde noch gegenüber dem Landesverwaltungsgericht Angaben gemacht. Verwaltungsstrafrechtlich ist er bislang unbescholten.

In beweiswürdigender Hinsicht ist festzuhalten, dass sich die Feststellungen zur FF GG GmbH und ihrem Internetauftritt insbesondere auf Ausdrucke von der Website der GmbH, die von der belangten Behörde angefertigt wurden und im behördlichen Akt enthalten sind, stützen. Weiters liegen den Feststellungen ein Auszug aus dem Firmenbuch zur FF GG GmbH (FN XY) zum Stichtag 23.07.2015 und eine Abfrage aus dem GISA (mit historischen Daten) vom 10.01.2016 zugrunde. Der Beschwerdeführer hat seine rechtliche Stellung als handelsrechtlicher Geschäftsführer der FF GG GmbH sowie den Inhalt der Website der GmbH (namentlich die Darstellung des Projekts „OO“ in der entsprechenden Broschüre) in keinem Stadium des Verfahrens bestritten. Ebenso wenig wurde bestritten, dass die GmbH am 23.07.2015 über keine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Immobilientreuhänder“ oder „Immobilientreuhänder eingeschränkt auf Bauträger“ verfügte. Die Feststellungen zum Zeitpunkt der Fertigstellung des

Projekts „OO“ sowie zur internen Aufgabenverteilung unter den handelsrechtlichen Geschäftsführern der GmbH fußen auf den insoweit glaubwürdigen Aussagen von MM NN in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht wurde erstmals – und zwar von MM NN sowie vom Rechtsvertreter – vorgebracht, dass sich die Geschäftsführer beim Steuerberater der GmbH nach dem Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für „Immobilientreuhänder, eingeschränkt auf Bauträger“ erkundigt hätten. Der Steuerberater habe das Erfordernis einer solchen Gewerbeberechtigung mit Hinweis auf das BTVG verneint. Dem Landesverwaltungsgericht erscheint diese Aussage allerdings nicht glaubwürdig. Das Vorbringen ist als eines der zentralen Argumente der handelsrechtlichen Geschäftsführer der GmbH gegen ihre verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung zu betrachten. Wenn tatsächlich eine entsprechende Auskunft vom Steuerberater erteilt worden wäre und die GmbH im Vertrauen darauf gehandelt hätte, ist aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts nicht nachvollziehbar, dass ein entsprechendes Vorbringen erstmals und einzig in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht – und nicht bereits in der Beschwerde oder in der Stellungnahme vom 15.09.2015 – vorgebracht wird. Das Landesverwaltungsgericht wertet das Vorbringen daher als Schutzbehauptung.

Die Feststellungen zu den persönlichen finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers wurden aufgrund der Äußerung des Rechtsvertreters in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht getroffen.

Anhand der im Akt der belangten Behörde enthaltenen GISA-Auszüge (Stichtag: 23.02.2016) konnte das Landesverwaltungsgericht feststellen, dass der Beschwerdeführer am 23.07.2015 Inhaber mehrere Gewerbeberechtigungen sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer der UU Gesellschaft m.B.H. & Co. KG. war.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu erwogen:

Da die Beschwerde nicht zurückzuweisen und das (Beschwerde-)Verfahren auch nicht einzustellen ist, hat das Landesverwaltungsgericht gemäß § 50 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (BGBl I 33/2013 idF BGBl I 24/2017; VwGVG) in der Sache selbst zu entscheiden. Das Landesverwaltungsgericht hat daher aufgrund der Beschwerde zu prüfen, ob die belangte Behörde den Beschwerdeführer zu Recht wegen unbefugter Gewerbeausübung bestraft hat.

Zur materiell-rechtlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides:

Eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO (BGBl 194/1994 idF BGBl I 82/2016) begeht, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Ein Gewerbe wird ausgeübt, wenn eine gesetzlich nicht verbotene und vom Anwendungsbereich der GewO nicht ausgenommene Tätigkeit selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (§ 1 Abs 1 und 2 iVm § 2 GewO). Zu beachten ist, dass auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit gilt, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert (§ 1 Abs 4 Satz 1 GewO).

Einer Ausübung eines Gewerbes gleichzuhalten und folglich, sofern es ohne die entsprechende Gewerbeberechtigung geschieht, ebenso strafbar ist das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen (§ 1 Abs 4 Satz 2 GewO). Dabei kommt es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 10.06.1992, 92/04/0044; 25.02.2004, 2002/04/0069; sowie die Ausführungen bei Müller, § 1 Rz 22, in Ennöckl/Raschauer/Wessely (Hg), Kommentar zur GewO (2015)) nicht auf die Absicht des Anbietenden, sondern auf den objektiven Wortlaut der an einen größeren Personenkreis gerichteten Ankündigung bzw die Eignung dieser Ankündigung, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet werde, an. Maßstab hierfür bildet ein unbefangener durchschnittlicher Betrachter.

Wenn der Beschwerdeführer nun bestreitet, dass die FF GG GmbH das Gewerbe des Immobilientreuhänders oder Immobilientreuhänders, eingeschränkt auf Bauträger, iSd § 1 Abs 2 und § 1 Abs 4 GewO ausgeübt hat, ist dem Folgendes entgegenzuhalten:

Das Gewerbe des Immobilientreuhänders (§ 94 Z 35 iVm § 117 GewO) umfasst die Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger. Die Tätigkeiten der Bauträger definiert der Gesetzgeber in § 117 Abs 4 GewO folgendermaßen: „Der Tätigkeitsbereich des Bauträgers umfasst die organisatorische und kommerzielle

Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch berechtigt, diese Gebäude zu verwerten."

Darüber hinaus wird sowohl in der Literatur als auch in der höchstgerichtlichen Judikatur die Auffassung vertreten, dass eine Rechtsbeziehung zu Dritten ein wesentliches Element der Tätigkeit des Bauträgers iSd § 117 Abs 4 GewO ist:

„Wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger ist die Rechtsbeziehung zu Dritten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 117 Abs 1 GewO 1994 (Bauträger als ein Teil des Gewerbes Immobilientreuhänder), doch ist daraus allein für die Beantwortung der hier in Rede stehenden Frage, ob der Abverkauf fertig gestellter, aus eigenen Mitteln errichteter Wohnungen die Tätigkeit eines Bauträgers darstelle, nichts zu gewinnen. Für die Bestimmung des Umfanges der Gewerbeberechtigung, aber auch für die Ermittlung des Umfanges der in der GewO 1994 geregelten reglementierten Gewerbe, sind, sofern dies nicht nach dem ersten Satz des
§ 29 GewO 1994 möglich ist, nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen heranzuziehen (siehe dazu auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 10. November 1999, 7 Ob 272/99x). Aus den einschlägigen literarischen Äußerungen (Kallinger, Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers in immolex 2002, 259) und den Richtlinien des Fachausschusses für Bauträger (Immz 1990, 341) ist abzuleiten, dass als wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger die Drittbeziehung angesehen wird. Demnach ist wesentlich, dass der Bauträger seine Baumaßnahmen im Hinblick auf eine schon bestehende oder künftige vertragliche Beziehung zum Nutzer des Bauvorhabens setzt, mit diesem ein Rechtsverhältnis eingeht und sich diesem direkt oder indirekt verpflichtet bzw von ihm Anzahlungen oder sonstige Leistungen für die Realisierung des Bauvorhabens entgegennimmt. Im Unterschied dazu ist derjenige, der nur für sich selbst ein Haus baut oder nach eigenem Gutdünken ein Bauwerk in eigenem Namen und für eigene Rechnung nach völlig freier eigener Disposition errichtet, uneingeschränkt das volle Errichtungs-, Bestands- Bewirtschaftungs- und Veräußerungsrisiko auf sich nimmt und keinem Dritten gegenüber eine Verpflichtung eingegangen ist oder eine solche während der Realisierung einzugehen beabsichtigt, das Bauwerk fertigzustellen oder in irgend einer Form zu übergeben, nicht als Bauträger, sondern als Investor anzusehen (vgl VwGH 22.06.2011, 2007/04/0198)."

Nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmung und der zitierten Judikatur ist die Errichtung eines Baues aufgrund eigenen Willens, im eigenen Namen und unter Einräumung von Mitsprache- und Gestaltungsmöglichkeiten jedenfalls als organisatorische Abwicklung eines Baus iSd § 117 Abs 4 GewO zu qualifizieren.

Was unter der „kommerziellen Abwicklung von Bauvorhaben" zu verstehen ist, lässt sich weder den Erläuterungen zur GewO noch der Judikatur entnehmen. Auch in der Literatur wird diese Frage nicht beantwortet; vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO^3 (2011), Gruber/Paliege-Barfuß, GewO7, § 117 (Stand: 1.3.2015, rdb.at), Grumböck, § 117, in Ennöckl/Raschauer/Wessely (Hg), Kommentar zur GewO (2015). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird „kommerziell" im Sinne von einerseits „den Handel betreffend, geschäftlich", andererseits „Geschäftsinteressen wahrnehmend, auf Gewinn bedacht" (Duden, http://www.duden.de/rechtschreibung/kommerziell (Stand: 19.01.2017) verwendet. Dieses Verständnis ist nach Maßgabe der wörtlich-grammatikalischen Interpretation auch der Terminologie in der GewO zugrunde zu legen. Davon ausgehend ist, da die GmbH den mit dem Projekt verbundenen Zahlungsverkehr abwickelte und als Verkäuferin von Wohnungen auftrat, auch das Tatbestandsmerkmal der kommerziellen Abwicklung von Bauvorhaben erfüllt. Ob die organisatorische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens auf eigene oder fremde Rechnung erfolgte, kann gemäß § 117 Abs 4 GewO dahin gestellt bleiben. Im gegenständlichen Fall ist ohnehin davon auszugehen, dass die FF GG GmbH auf eigene Rechnung handelte.

Auch das Erfordernis der Drittbeziehung iSd zitierten höchstgerichtlichen Judikatur ist erfüllt. Daran kann die Tatsache, dass die FF GG GmbH am 23.07.2015 noch keine Wohnungen verkauft hatte, nichts ändern. Denn nach der Judikatur müssen die Baumaßnahmen nicht zwingend im Hinblick auf eine bereits bestehende vertragliche Beziehung zu den künftigen Eigentümern gesetzt werden. Es ist vielmehr ausreichend, dass die Maßnahmen im Hinblick auf eine künftige rechtsgeschäftliche Beziehung getätigt werden. Gerade das trifft im gegenständlichen Fall zu, waren doch die Angaben auf der Website der FF GG GmbH dahingehend zu verstehen, dass die GmbH bereits in der Bauphase Kaufverträge einzugehen beabsichtigt hatte. Im Übrigen vermittelte die GmbH jedenfalls den Eindruck, am 23.07.2015 bereits zwei Wohnungen des Objekts „OO" verkauft zu haben. Damit waren die Angaben auf der Website insgesamt – gemessen an einem unbefangenen, durchschnittlichen Betrachter – dazu geeignet, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken,

dass die FF GG GmbH das Gewerbe des Immobilientreuhänders, eingeschränkt auf Bauträger, ausübt und würde die GmbH die angebotenen Tätigkeiten gewerbsmäßig iSd § 1 Abs 2 GewO ausüben.

Durch den Hinweis auf bereits verkaufte Objekte, die Unternehmensbezeichnung „FF GG“ und die Formulierung „[...] sanieren wir Wohnhäuser und bauen Wohnungen [...]“ ließ die GmbH den Eindruck entstehen, die entsprechenden Tätigkeiten regelmäßig auszuüben. Nicht zuletzt aufgrund einer solchen Formulierung durfte ein unbefangener durchschnittlicher Betrachter der Website auch davon ausgehen, dass die FF GG GmbH die Bauvorhaben auf eigene Rechnung ausführen lasse und insbesondere das wirtschaftliche Risiko der Verwertung (Verkauf) trage. Damit ist auch die Voraussetzung der Selbständigkeit gegeben. Schließlich erweckte die Website auch den Eindruck, die FF GG GmbH führe die bezeichneten Tätigkeiten in Ertragsabsicht aus. Ein durchschnittlicher Betrachter wird berechtigterweise annehmen, dass ein Unternehmen mit der Bezeichnung „FF GG“, welches ua Wohnhäuser saniert, Wohnungen baut und anschließend veräußert, einen wirtschaftlichen Vorteil aus seiner Tätigkeit ziehen will, zumal sich auf der Website keinerlei Hinweis auf eine allfällige Gemeinnützigkeit findet.

Aufgrund des eigenständigen Begriffsverständnisses in der GewO, von dem auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu § 117 GewO ausgeht, kann der Auffassung des Beschwerdeführers, das Gewerbe des Immobilientreuhänders, Teilbereich Bauträger, (§94 Z 35 iVm § 117 GewO) sei nur gegeben, wenn die Bestimmungen des BTVG anzuwenden seien, nicht gefolgt werden.

Die von der FF GG GmbH auf ihrer Website angebotenen Tätigkeiten entsprechen damit dem Gegenstand des Gewerbes des Immobilientreuhänders, eingeschränkt auf den Teilbereich Bauträger. Diese Tätigkeiten hat sie zudem auf der frei und öffentlich zugänglichen Website unter der Adresse "ZZZ" einem größeren Kreis von Personen iSd § 1 Abs 4 Satz 2 GewO angeboten. Da die FF GG GmbH nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung für Immobilientreuhänder, eingeschränkt auf Bauträger, verfügt hat (tatsächlich hatte die GmbH gar keine Gewerbeberechtigung), hat sie das Gewerbe unbefugt ausgeübt. Damit wurde der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO verwirklicht.

Zu den geltend gemachten Verfahrensmängeln:

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen vermag das Landesverwaltungsgericht die vom Beschwerdeführer behauptete Rechtswidrigkeit des verwaltungsbehördlichen Verfahrens nicht zu erkennen. Die Erhebung von Beweisen zur Frage, ob die GmbH während der Bauphase Geld von Dritten erhalten hat, war entbehrlich, da diesem Umstand im Lichte des § 1 Abs 4 Satz 2 GewO keine rechtliche Bedeutung zukommt. Ebenso wenig ist eine Verletzung des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit durch die belangte Behörde ersichtlich. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass dem Beschwerdeführer die Gelegenheit eingeräumt worden war, in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht seinen Standpunkt darzulegen und allfällige Beweisanträge zu stellen, sodass etwaige Mängel des verwaltungsbehördlichen Verfahrens jedenfalls durch das Landesverwaltungsgericht saniert werden konnten.

Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit:

Gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (BGBl 52/1991 idF BGBl I 33/2013; VStG) ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (§ 9 Abs 2 VStG) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Die FF GG GmbH ist eine juristische Person. Ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs 2 leg cit wurde nicht bestellt. Für den hier zu beurteilenden Fall gibt es keine Verwaltungsvorschriften, die anderes bestimmen. Eine Verantwortlichkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers scheidet jedenfalls schon deswegen aus, weil die GmbH keinen solchen bestellt hatte (§ 370 GewO; vgl auch VwGH 25. 09.1990,90/04/0068).

Daher ist für die Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Das sind bei einer GmbH gemäß § 15 iVm § 18 GmbH-Gesetz (RGBl 58/1906 idF BGBl I 20/2017; GmbHG) die (handelsrechtlichen) Geschäftsführer. Da der Beschwerdeführer gemäß den getroffenen Feststellungen handelsrechtlicher Geschäftsführer der FF GG GmbH am 23.07.2015 war, ist er iSd § 9 Abs 1 VStG für die unbefugte Gewerbeausübung durch die GmbH verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die Tatsache, dass er nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer zur Vertretung der GmbH berechtigt ist, steht der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung des Beschwerdeführers gemäß § 9 Abs 1 VStG ebenso wenig entgegen wie eine bestimmte interne Aufgabenverteilung zwischen den handelsrechtlichen Geschäftsführern (vgl VwGH 30.01.2006, 2004/09/0222).

Zur subjektiven Tatseite:

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass, da nichts anderes bestimmt ist, zur Strafbarkeit nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO fahrlässiges Verhalten genügt (§ 5 Abs 1 Satz 1 VStG).

Bei der Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO handelt es sich um ein so genanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne von § 5 Abs 1 VStG; vgl mwN Wessely, § 366 Rz 2, in Ennöckl/Raschauer/Wessely (Hg), Kommentar zur GewO (2015). Dies hat gemäß § 5 Abs 1 Satz 2 VStG zur Folge, dass die Verwirklichung der objektiven Tatseite Verschulden in Form von Fahrlässigkeit indiziert. Der Beschuldigte muss daher glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft; vgl. auch VwGH 25.10.1996, 95/17/0618. Dazu hat der Beschuldigte nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs „initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht" (zuletzt VwGH 20.01.2016, 2013/17/0033). Das entsprechende Vorbringen muss substantiiert sein, allgemeine Behauptungen genügen nicht.

Dem Beschwerdeführer ist es nicht gelungen, die gesetzliche Vermutung des fahrlässigen Verhaltens zu entkräften. Seine Argumentation stützt er darauf, dass sich die Geschäftsführer der GmbH bei deren Steuerberater erkundigt hätten und dieser im Hinblick auf die beabsichtigten Tätigkeiten das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für „Immobilientreuhänder, Teilbereich Bauträger" verneint habe. Damit macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen einen Tatbildirrtum geltend. Ein Tatbildirrtum führt dazu, dass ein Beschuldigter nicht wegen vorsätzlicher Begehung einer Tat belangt werden kann, befreit jedoch vom Vorwurf der fahrlässigen Begehung nur, wenn und insoweit der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Abgesehen davon, dass das Landesverwaltungsgericht nicht feststellen konnte, dass der Steuerberater die Rechtsauskunft – wie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgebracht – erteilt hatte, wäre eine solche Auskunft nach der restriktiven Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ohnedies nicht geeignet, den Beschwerdeführer zu entlasten; vgl die bei Lewisch § 5 Rz 21, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013) zitierte Judikatur. Danach können Rechtsauskünfte, die auf Grundlage vollständiger Sachverhaltsinformation von der zuständigen Behörde oder anderen fachkompetenten Institutionen – im gegenständlichen Fall wäre dies die gesetzliche berufliche Vertretung (vgl VwGH 16.11.1993, 93/07/0022) – erteilt werden, entschuldigen. Auch Rechtsauskünftige berufsmäßiger Parteienvertreter können entschuldigen, allerdings nur insoweit, als sich die Auskunft an der Rechtsprechung der Höchstgerichte und der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde orientiert. Selbst wenn man von einer Auskunft des Steuerberaters ausginge, könnte der Beschwerdeführer der gesetzlichen Vermutung der Fahrlässigkeit gemäß § 5 Abs 1 Satz 2 VStG nicht mit Erfolg entgegentreten, denn ein Steuerberater ist nach Maßgabe des Wirtschaftstreuhandberufsgesetzes (BGBl I 58/1999 idF BGBl I 50/2016; WTBG; vgl insbesondere § 3) im Zusammenhang mit gewerberechtlichen Fragen und gewerbebehördlichen Verfahren nicht als berufsmäßiger Parteienvertreter anzusehen (vgl zur Vertretungsbefugnis nach dem WTBG VwGH 26.06.2012, 2010/09/0181).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es Teilnehmern am Wirtschaftsleben (namentlich einem handelsrechtlichen Geschäftsführer) – wie dem Beschwerdeführer – im Sinne ihrer objektiven Sorgfaltspflicht obliegt, geeignete Erkundigungen betreffend die Rechtslage einzuholen. Es wäre demnach Sache des Beschwerdeführers gewesen, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifel bei der Behörde anzufragen. In der Unterlassung von diesbezüglichen Erkundigungen liegt zumindest ein fahrlässiges Verhalten. Der Beschwerdeführer hat die ihn treffende Informationspflicht verletzt und damit objektiv sorgfaltswidrig gehandelt. Da ihm die Einholung geeigneter Informationen sehr wohl möglich und zumutbar war, ist ihm dieser Sorgfaltsverstoß auch subjektiv vorzuwerfen. Hinzuweisen ist auch darauf, dass der Beschwerdeführer am 23.07.2015 Inhaber mehrerer Gewerbeberechtigungen sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer eines weiteren Unternehmens war. Auch deshalb ist davon auszugehen, dass ihm die ihn treffende Sorgfaltspflicht bekannt und er zu ihrer Einhaltung in der Lage war. Die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens ist dem Beschwerdeführer insgesamt nicht gelungen und ist somit zumindest von einer fahrlässigen Tatbegehung auszugehen.

Zusammenfassung:

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht nur in objektiver Hinsicht verwirklicht, sondern diese auch zu verantworten hat. Da der Beschwerde weder wegen der behaupteten verfahrensrechtlichen noch wegen der behaupteten inhaltlichen Rechtswidrigkeit Berechtigung zukam, war sie als unbegründet abzuweisen. Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass eine Zurückverweisung im Verwaltungsstrafverfahren gesetzlich ohnehin nicht vorgesehen ist.

Zur Strafbemessung:

Grundlage für die Bemessung der Strafe sind gemäß § 19 Abs 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs 2 leg cit hat das Landesverwaltungsgericht 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 (BGBl 60/1974 idF BGBl I 154/2015; StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Tathandlung schädigte das als gewichtig einzustufende öffentliche Interesse, wonach durch gegenständliche gewerberechtliche Bestimmungen zum Schutz insbesondere der Kunden sichergestellt werden soll, dass Gewerbe tatsächlich nur von hiezu Berechtigten ausgeübt werden. Hinzu kommt, dass es sich beim Gewerbe des Immobilientreuhänders, Teilbereich Bauträger, um ein reglementiertes handelt (§ 94 Z 35 GewO) und dass aufgrund der betroffenen Vermögenswerte das mit der Ausübung der Bauträger-Tätigkeiten verbundene Schadensrisiko als beträchtlich anzusehen ist. Nicht zufällig ordnet der Gesetzgeber etwa an, dass die Ausübung des Gewerbes der Bauträger eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens € 1.000.000 pro Schadensfall erfordert (§ 117 Abs 7 GewO). Angesichts dessen ist von keiner bloß geringen Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts auszugehen; der objektive Unrechtsgehalt der Tat an sich ist keineswegs unbeachtlich und nicht unerheblich. Bereits im Hinblick auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität der Beeinträchtigung kommt ein Vorgehen iSd § 45 Abs 1 Z 4 VStG damit nicht in Betracht.

Ebenso kann das Ausmaß des Verschuldens im vorliegenden Fall - in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt - nicht gänzlich vernachlässigt werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen ist, dass die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschrift durch den Beschuldigten im konkreten Fall eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Straftatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Was die Berücksichtigung der subjektiven Strafbemessungskriterien iSd § 19 Abs 2 VStG angeht, so konnte als Milderungsgrund Unbescholtenheit herangezogen werden. Als erschwerend ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs die Tatsache zu werten, dass gegenständlich ein reglementiertes Gewerbe unbefugt ausgeübt wurde. Sonstige mildernde oder erschwerende Umstände wurden nicht bekannt. Bei der Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse war mangels konkreter Angaben von durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen.

Der verwaltungsbehördlich festgesetzte Strafbetrag in Höhe von € 400 befindet sich im unteren Bereich des hiefür vorgesehenen Strafrahmens von bis zu € 3.600. Bei dieser Strafhöhe kann, in Ansehung des Unrechtsgehaltes der Tat und des Verschuldens des Täters, unter Bedachtnahme auf die Erschwerungs- und Milderungsgründe sowie unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, keine Unangemessenheit im Sinne von § 19 Abs 1 VStG erkannt werden.

Zu den Verfahrenskosten:

Gemäß § 52 Abs 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist gemäß Abs 2 leg cit für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen. Aufgrund der Strafhöhe von € 400 war daher ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 80 vorzuschreiben.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Landesverwaltungsgericht hatte – bezogen auf den Einzelfall – zu beurteilen, ob der angefochtene Bescheid materiell- und verfahrensrechtlich rechtmäßig war. In seiner Entscheidung ist das

Landesverwaltungsgericht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wobei auf die in der Begründung zitierten Entscheidungen verwiesen werden darf. Weiters ist die zu den maßgebenden materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, soweit hier relevant, auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Gewerbe Immobilientreuhänder, Bauvorhaben, organisatorische und kommerzielle Abwicklung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGSA:2017:405.6.8.1.4.2017

Zuletzt aktualisiert am

12.05.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, https://www.salzburg.gv.at/lvwg

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at