

TE Lvwg Erkenntnis 2022/3/28 LVwG- 2022/25/0493-5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2022

Entscheidungsdatum

28.03.2022

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §1 Abs2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde von AA, geb am XX.XX.XXXX, Adresse 1, **** Z, vom 21.02.2022, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 19.01.2022, ZI ***, betreffend eine Übertretung der Gewerbeordnung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Höhe der Geldstrafe auf Euro 400,00 (im Uneinbringlichkeitsfall 3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird.
2. Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gemäß § 64 Abs 2 VStG mit Euro 40,00 neu festgesetzt.
3. Spruchberichtigung:

Der Tatvorwurf lautet folgendermaßen:

„AA, geb XX.XX.XXXX, hat als gewerberechtl. Geschäftsführer der BB GmbH zu verantworten, dass diese zumindest am 29.06.2021 in **** Z, Adresse 1, auf den Homepages https://*** und https://*** eine Beherbergung von Gästen angeboten hat und dadurch Tätigkeiten, die den Gegenstand des Gewerbes „Gastgewerbe gemäß § 94 Z 26 iVm § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994“ bilden, an einen größeren Kreis von Personen angeboten, obwohl dafür keine Gewerbeberechtigung bestand.“

Die übertretene Rechtsvorschrift lautet:

„§ 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 4 2. Satz und § 370 Abs 1 GewO 1994“

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Im bekämpften Straferkenntnis wird Herr AA folgender Sachverhalt angelastet und Strafe über ihn verhängt:

„1. Datum/Zeit: 02.07.2021

Ort: **** Z, Adresse 1

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der BB GmbH, Z zu verantworten, dass diese zumindest am 2.7.21 auf der Homepage https://**** eine Beherbergung an Touristen angeboten hat und dadurch Tätigkeiten, die den Gegenstand des Gewerbes "Gastgewerbe gem. § 94 Z 26 GewO 1994 iVm § 111 Abs 1 Z 1 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. Weiters wurden auf der Homepage https://**** zwei Appartements angeboten, ebenso auf https://****

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, Freiheitsstrafe von Gemäß

Ersatzfreiheitsstrafe von

1. €500,00 4 Tage(n) 0 Stunde(n) § 366 Abs. 1 Einleitungssatz

0 Minute(n) Gewerbeordnung 1994 (GewO)

idgF

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

€ 50,00 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

€ 550,00“

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in welcher Herr AA im Wesentlichen ausführt, dass die belangte Behörde den Sachverhalt mangelhaft festgestellt hätte, da sein Vorbringen im Einspruch nicht in den Sachverhaltsfeststellungen berücksichtigt worden sei. Das vorgeworfene Inserat auf der Plattform *** sei ohne Mitwirkung der BB GmbH und nicht in deren Auftrag erschienen. Einem Löschungsbegehren sei umgehend nachgekommen worden, ihm könne kein subjektives Verschulden angelastet werden. Bei den Nächtigungsstatistiken handle es sich um die Anmeldung, dass keine Zuwiderhandlung bezüglich der Ortstaxe entstehe. Es seien Besucher in ihrem privaten Firmeneigentum, als Immobilienreuhänder, wofür eine Gewerbeerlaubnis bestehe. Auf der Internetseite *** würden keine Appartements oder Übernachtungsmöglichkeiten angeboten. Dieses Angebot diene nur als Erstinformation auf Wohnen in Z und führe über den Link zu ihrer Hauptdomain, ***, in welcher die BB ihre Immobilienangebote und Leistungen als Immobilienmakler anbiete. In der Domain gäbe es den Hinweis über BB-Kunden für firmeneigenen Gästezimmer als Immobilienmakler. Dies sei kein Angebot für eine Beherbergung, sondern nur ein bekannter Kunde, welcher in Verbindung mit der BB-Gruppe stehe, könne hier Interesse zeigen. Es könne dort auch niemand eine Buchung ausführen. Er habe erstmals mit dem Behördenvorwurf Kenntnis von dem Angebot auf der Internetseite „****“ erlangt. Er sei sofort eingeschritten und habe das Impressum des Anbieters angeschrieben. Es sei auch eine Mitteilung über die Löschung eingelangt. Für alle Onlinearbeiten sei CC als Webmaster beauftragt, dieser könne auch bestätigen, dass das Angebot über „****“ nicht beauftragt worden wäre und werde er als Zeuge angeboten. Am 02.07.2021 habe keinerlei Beherbergung stattgefunden und sei kein Angebot dafür vorgelegen. Die angebliche Verwaltungsübertretung beruhe auf falschen Erhebungen der Gemeinde. Die BB betreibe ihr Gewerbe seit 2006.

Es werde die Aufhebung des Straferkenntnisses, in eventu Zurückverweisung an die Erstbehörde beantragt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 23.03.2022 führte der Beschwerdeführer darüberhinausgehend Folgendes aus:

„Wenn ich gefragt werde, ob es stimmt, dass am 29.06.2021 bzw 02.07.2021 auf den Homepages https://*** die beiden auf den in den Screenshots im Akt aufscheinenden Wohnungen angeboten wurden, so trifft dies aus meiner Sicht nicht zu. Seitens der Bezirkshauptmannschaft wird der Sachverhalt nicht korrekt dargestellt.

Tatsächlich ist es so, dass die BB GmbH im Objekt Adresse 1 eine Eigentumswohnung besitzt, die ca 140 m² umfasst. In dieser Einheit betreiben wir unseren Firmensitz in Österreich. Diese teilt sich auf insgesamt vier Zimmer, drei Bäder, sowie Besprechungsbereiche. Darin sind zwei Gäste- und Arbeitszimmer enthalten. Dies ist in dieser Einheit. Ich habe einen Grundriss der Wohnung mitgebracht und lege den dem Verhandlungsleiter vor, welcher diesen zum Akt nimmt.

Ich erkläre dem Verhandlungsleiter dies so, dass für den Fall, dass Geschäftskunden in dieser Wohnung nächtigen, dann die Bereiche, die als „DD I“ und „DD II“ bezeichnet sind, diesen dafür zur Verfügung gestellt werden.

Wenn mich der Verhandlungsleiter darauf hinweist, dass beim Internetauftritt die Größe mit 23 m², zusätzlich 6 m² Balkonfläche angeführt sind, obwohl der Zugang zum Balkon vom Wohn-Büro-Homeoffice Bereich und nicht über die beiden Mitarbeiter und Arbeitszimmer erfolge, erkläre ich dies so, dass dabei nicht der Balkon auf der Nordseite mit 5,44 m² damit gemeint ist, sondern jener auf der Südseite mit 16,93 m².

Wenn mir der Verhandlungsleiter vorhält, dass in der Internetwerbung 6 m² Balkonfläche angeführt sind und der Balkon auf der Süd- bzw Westseite fast 17 m² ausmacht, so erkläre ich dies so, dass dieser Balkon geteilt ist und zwar dort, wo die Linie mit der Aufschrift 150 eingetragen ist, womit die Angabe wieder korrekt ist. Für das DD II erfolgt der Zugang zum Balkon von neben der Hauseingangstür aus und nicht direkt von der Wohnung aus. Vom DD I kann direkt auf den südseitigen Balkon gegangen werden.

Wenn mir der Verhandlungsleiter vorhält, dass die eine Wohnung für zwei Erwachsene und ein Kind angepriesen wird, und dies nicht so sehr nach Geschäftskunden klingt, führe ich an, dass dies vielleicht eine unglückliche Formulierung zu Geschäftskunden ist. Als Anbieter dieser beiden Internetauftritte tritt die BB GmbH auf.

Wenn mich der Verhandlungsleiter fragt, wann die BB diese Angebote ins Internet stellt hat, so kann ich das heute nicht mehr angeben.

Wenn ich gefragt werde, was der Text: „Nur für Besucher, Verkäufer-Kauf-Mietinteressenten, Mitarbeiter und Freunde der BB GmbH“ bedeutet, führe ich an: in erster Linie betrifft dieses Angebot Mitarbeiter unserer Firmengruppe. Die BB GmbH ist eine österreichische Gesellschaft, die gegründet wurde, um diese Wohneinheit zu kaufen, insgesamt hat diese Firmengruppe sechs bis sieben Gesellschaften in Deutschland, Österreich, Italien und England. Die Gruppe beschäftigt ungefähr 40 Mitarbeiter.

Wenn ich gefragt werde, warum dann diese 40 Mitarbeiter nicht über einen E-Mail-Verteiler von diesem Angebot informiert werden, sondern dieses Angebot für alle einsehbar ins Internet gestellt wird, führe ich an, dass sich die Mitarbeiter darüber selbst informieren können; zudem geht es noch um eine weitere Gruppe, nämlich um Geschäftspartner im Rahmen der Tätigkeit der Firmengruppe, die auch nach Österreich zu uns kommen, um geschäftliche Angelegenheiten zu bereden. In Österreich hat die Firma das Immobilienmaklergewerbe, in anderen Ländern das Immobilienentwicklergewerbe. Die dritte Gruppe sind Kaufinteressenten oder auch Verkäufer. Wir arbeiten in Österreich als Immobilienmakler und handelt es sich dann um potentielle Käufer oder Verkäufer der von uns vermittelten Objekte. Die Interessenten kommen aus verschiedenen Ländern und haben die Möglichkeit, so ein Zimmer oder Appartement zu nutzen im Rahmen der Objektbesichtigung. Das bedeutet, dass diese Kaufinteressenten in dieser Wohnung nächtigen, um sich die von der BB GmbH vermittelten Objekte ansehen zu können.

Wenn ich gefragt werde, ob diese Personen für die Nächtigung etwas bezahlen, so ist dies eine Vereinbarungssache. Es ist Vereinbarungssache im Einzelfall, wenn beispielsweise ein Kaufinteressent kommt und etwas kauft, dann braucht er nichts zu bezahlen; wenn er nicht kauft und weitersucht, dann wird ein Unkostenbeitrag eingehoben. Die Höhe des Unkostenbeitrages ist auch im Einzelfall unterschiedlich und schwer anzugeben.

Wenn mir der Verhandlungsleiter das E-Mail vom 15.06.2021 vorhält, so bestreite ich den dort geschilderten Sachverhalt.

Ortstaxen wurden an den Tourismusverband abgeführt. Wir haben die Ortstaxe auch für die Gäste abgeführt, die für die Nächtigung nichts bezahlt haben, weil wir einfach ja nichts falsch machen wollten.

Wenn ich gefragt werde, welchen wirtschaftlichen Vorteil es der BB bringt, Besucher und Mitarbeiter aus der

Firmengruppe in dieser Wohnung nächtigen zu lassen, so bezeichne ich dies als Mitarbeiter- und Kundenpflege. Wenn beispielsweise ein Mitarbeiter aus einem anderen Land nach Österreich mit einem Kunden kommt, der zu diesem Kunden den persönlichen Kontakt hat, dann ist er stark motiviert, mehrere Tage hier in Österreich zu verbringen. Man kann sich das sozusagen als Belohnungssystem für besonders tüchtige Mitarbeiter vorstellen.

Die BB GmbH hat das Immobilientreuhändergewerbe in Österreich angemeldet.

Wenn ich gefragt werde, warum nicht auch das Gastwerbe gemäß § 94 Z 26 iVm§ 111 Abs 1 Z 1 GewO angemeldet wurde, so führe ich an, dass sie das Gastgewerbe nicht ausgeübt hat und auch nicht angeboten hat. Die BB GmbH hat in den letzten Jahren ca 20 legale und gewidmete Freizeitwohnsitze vermittelt. Dafür wurde von uns die Domain https://*** eingerichtet. Darüber treten Verkäufer an uns heran, die eine solche Wohnung verkaufen möchten; das Gleiche gilt natürlich für Kaufinteressenten.

Wenn ich gefragt werde, ob ich mich vor dem Zeitpunkt, als man Personen in dieser Wohnung nächtigen ließ, über den Berechtigungsumfang des Immobilienmaklers informiert habe, so führe ich an, dass sich mein Wissensstand aus von verschiedenen Quellen zusammengetragenen Informationen zusammengesetzt hat.

Die in den Internetauftritten zu sehenden Fotos stammen ausschließlich aus den beiden DD I und II.

Hauptdomain der BB GmbH ist jene mit der Adresse https://***. Wenn man diese Seite öffnet und zum Reiter „BB Kunden“ geht, kommt man zu den im Akt abgebildeten Screenshots. Die anderen sechs Bereiche beziehen sich alle auf die Tätigkeit der BB GmbH in Österreich. Es handelt sich bei den BB Kunden um einen ganz untergeordneten Bereich unserer GmbH. Besser hätte man nach heutiger Sicht den Reiter als „BB Mitarbeiter“ bezeichnen sollen.“

II. Sachverhalt:

Die BB GmbH, mit dem Sitz in Adresse 1, **** Z, ist seit 20.07.2005 im Firmenbuch unter Firmenbuchnummer *** eingetragen. Gesellschafter sind AA, geb am XX.XX.XXXX, und EE, geb am XX.XX.XXXX.

Die BB GmbH verfügt seit 01.05.2006 über das reglementierte Gewerbe „Immobilientreuhänder, eingeschränkt auf Immobilienmakler“, „Berechtigung zur Tätigkeit als gebundene Kreditvermittlerin“. Handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft ist seit 20.07.2005 AA und ebenso gewerberechtlicher Geschäftsführer seit 01.05.2006.

Die BB GmbH ist Eigentümerin der Eigentumswohnung Top 2 im Objekt Adresse 1 in **** Z. Diese Wohnung hat eine Gesamtfläche von 105,93 m², die zum Wohnungseigentum gehörenden Außenflächen als Terrasse und Balkone umfassen 32,48 m². Diese Wohnung dient als Firmensitz der BB GmbH in Österreich. Es handelt sich dabei um eine Vierzimmerwohnung, die neben Wohn-, Büro-, Homeoffice und Besprechungsbereich zwei sogenannte Mitarbeiter- und Arbeitszimmer umfasst, die als separate Wohneinheiten benützt werden können, da sie über eigene Nasszellen und Küchenblöcke verfügen. Beiden dieser Bereiche ist eine Balkonnutzung zugeteilt, die Fläche des innerhalb der Wohnung im Norden gelegenen Wohnbereiches beträgt 23,11 m² und ist für die Nächtigung von zwei Erwachsenen und einem Kind geeignet, der im Süden der Wohnung gelegene Wohnbereich umfasst 16,65 m² und ist für zwei Erwachsene ausgelegt. Beide Bereiche sind auch mit Küchenzeilen, Kühlgeräten, Spülmaschine ausgestattet.

Am 29.06.2021 hatte die BB auf der Internetseite https://*** Ferienwohnungen in Z angepriesen, mit dem Zusatz „Wir freuen uns auf ihren Besuch in einer Ferienwohnung in Z“ samt Telefonnummer und E-Mail-Adresse der BB GmbH. Auf dieser Internetseite fand sich ein Link zur Internetseite www.***. Auf dieser bot die BB GmbH am 29.06.2021 unter der Überschrift „Nutzen sie für ihren Aufenthalt bei uns in Z unsere BB Appartements“ das Appartement „FF“ mit Südbalkon und das Appartement „GG“ mit Süd-West Balkon an. In diesem Internetauftritt werden die beiden Appartements genau beschrieben und finden sich mehrere Lichtbilder derselben auf der Internetseite. Bezüglich beider Appartements findet sich der Hinweis „Nur für Besucher, Verkäufer- Kauf- Mitinteressenten, Mitarbeiter und Freunde der BB GmbH!“.

Diese Internetauftritte wurden von der BB GmbH veranlasst bzw in Auftrag gegeben. Am 29.06.2021 war im Internet auf dem Portal https://*** ein Gästeappartement im Objekt Adresse 1 in Z mit der Preisangabe „ab Euro 80,00 pro Nacht“ angepriesen. Dieser Internetauftritt wurde nicht von der BB GmbH in Auftrag gegeben. Diese Unterkunft wurde im Jahr 2017 auf Basis einer Kooperation der JJ GmbH mit KK.com in ihre Unterkunftssuche aufgenommen. Diese Aufnahme erfolgte automatisiert und unentgeltlich. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer vor Einleitung des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens davon Kenntnis hatte. Er hat danach die unverzügliche Löschung dieser Werbung auf „Preiswert Übernachten“ veranlasst.

Das Angebot zur Nutzung dieser beiden Appartements richtete sich in erster Linie an Mitarbeiter der BB GmbH. Diese Firmengruppe verfügt über mehrere Gesellschaften in Deutschland, Österreich, Italien und England und beschäftigt ungefähr 40 Mitarbeiter. Weiters wurden diese Appartements von Geschäftspartnern der BB GmbH genutzt, die nach Österreich kamen, um geschäftliche Angelegenheiten zu bereden. Bewohnt wurden die Appartements auch von Kaufinteressenten bzw Verkäufern, also von potenziellen Käufern oder Verkäufern der von der BB GmbH vermittelten Objekte. Diese Personen konnten die Appartements nutzen, während sie sich in Tirol aufhielten, um sich die von der BB GmbH vermittelten Objekte ansehen zu können.

Die Bewohner dieser Appartements hatten grundsätzlich für ihren Aufenthalt dort zu bezahlen, die Höhe des dafür zu leistenden Entgelts konnte nicht festgestellt werden. Wenn es jedoch zu einem Geschäftsabschluss bezüglich eines von der BB GmbH vermittelten Objektes kam, hatten diese Personen für ihren Aufenthalt in den Appartements nichts zu bezahlen. Die Ortstaxen wurden an den Tourismusverband abgeführt, auch für solche Gäste, die nichts bezahlen mussten.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Akten der Bezirkshauptmannschaft Y und des Landesverwaltungsgerichts Tirol und dabei wiederum insbesondere aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung und der von ihm dort vorgelegten Unterlagen.

Der vom Rechtsmittelwerber vorgelegte Grundrissplan der Wohnung stellt die Raumaufteilung anschaulich dar. Die in den Internetauftritten enthaltenen Lichtbilder sowie die Beschreibung der Appartements ermöglichen eine Vorstellung über deren näheres Aussehen.

Der Beschwerdeführer bezeichnete das Entgelt, welches die Bewohner der beiden Appartements an die BB GmbH zu bezahlen haben, als Unkostenbeitrag, nannte jedoch diesbezüglich keine Höhe. Es konnten daher dazu keine Feststellungen getroffen werden; den einzigen Hinweis auf die Höhe der Kosten bietet das Inserat am Portal

„***“, wo der Preis „ab Euro 80,00 pro Nacht“ angegeben ist. Da dieser Internetauftritt jedoch nicht von der BB GmbH in Auftrag gegeben wurde, ist diese Angabe nicht verlässlich genug, um darauf eine Sachverhaltsfeststellung stützen zu können.

Der Umstand, dass das Inserat auf „***“ automatisiert auf dieser Webseite aufgeschienen ist und nicht vor der BB GmbH in Auftrag gegeben wurde, ergibt sich aufgrund des diesbezüglichen Antwortschreibens der JJ GmbH an das Landesverwaltungsgericht vom 28.02.2022. Im Hinblick darauf war auch die vom Beschwerdeführer diesbezüglich angebotene Einvernahme von Zeugen nicht mehr erforderlich.

Die Feststellungen bezüglich des Personenkreises, an den die beiden Appartements vermietet wurden, stützt sich auf die Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht; es sind keine Beweisergebnisse aktenkundig, die Anlass böten, diese Angaben grundsätzlich als unzutreffend zu bewerten.

IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Verfahren ist folgende Bestimmung der GewO 1994 maßgeblich.

§ 1

„(1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand

eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über einen den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.“

V. Erwägungen:

Die zentrale Rechtsfrage zur Bewertung des gegenständlichen Sachverhaltes stellt die Frage dar, ob die auf den beiden Internetseiten angebotenen Appartements eine Tätigkeit darstellen, die den Gegenstand eines Gewerbes bilden.

Nach § 1 Abs 2 GewO wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Es kommt bei dem Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs 2 GewO nicht auf einen tatsächlich erzielten Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil an, es genügt, dass eine Tätigkeit im Allgemeinen auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteiles gerichtet ist, der im Einzelnen nicht unbedingt in einem geldlichen Gewinn bestehen muss. Unter Ertrag bzw wirtschaftlichem Vorteil ist jede wirtschaftlich positive Wirkung, nämlich 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 09.09.2015, Ra 2015/03/0031).

Handlungen eines Gewerbetreibenden, die der Erreichung des mit seinem Gewerbebetrieb verbundenen geschäftlichen Zieles dienen, erlangen, sofern sie ihrem Inhalt nach eine gewerbliche Tätigkeit darstellen, schon durch diese Zweckverbundenheit gewerbsmäßigen Charakter; dass sie nicht für sich einen abgesonderten Ertrag liefern, ändert daran nichts. Ertragserzielungsabsicht liegt auch vor, wenn die Tätigkeit letzten Endes zur Erreichung des mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Geschäftsziels dient. Die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages ist für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essenzielles Erfordernis; diese ist schon bei der Absicht gegeben, einen sonstigen, insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (VwSlg 10.16 A/1980).

Beim Anbieten einer den Gegenstand des 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 2. Satz GewO 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 dem Wortlaut der Ankündigung fallende Tätigkeit entfaltet wird (VwGH 25.02.2004, 2002/04/0069).

Die Einrichtung einer Homepage im Internet im Zusammenhang mit einer gewerblichen Tätigkeit ist auch ein Anbieten (VwGH 05.09.2013, 2012/09/0101).

In seiner Entscheidung vom 21.09.1977, 2272/76, hat der Verwaltungsgerichtshof auch ausgesprochen, dass beim Anbieten durch ein Inserat es keine Rolle spielt, ob es sich um einen ganz speziellen Personenkreis oder um das allgemeine Leserpublikum handelt.

Die BB GmbH betreibt in Österreich das Immobilienmakler Gewerbe. Wenn nun Geschäftspartner dieses Unternehmens die beiden Appartements bewohnen können, um geschäftliche Angelegenheiten zu bereden oder potentielle Käufer oder Verkäufer die Appartements bewohnen, um sich die von BB GmbH vermittelten Objekte

ansehen zu können, so stellt dieses Bewohnen der Appartements eine wirtschaftlich positive Wirkung für die Erzielung der Geschäftsziele des Immobilienmakler Gewerbes dar. Sie dienen also der Erreichung des mit dem Immobilienmakler Gewerbe verbundenen geschäftlichen Zieles und ist damit eine Zweckverbundenheit mit diesem Gewerbe gegeben. Wenn Mitarbeiter aus der Firmengruppe in den Appartements wohnen können und dies als Belohnungssystem für besonders tüchtige Mitarbeiter gedacht ist, so dient dieser Aufenthalt letztlich auch wiederum den wirtschaftlichen Zielen, die sich aus dem Immobilienmakler Gewerbe ergeben. Es ist somit nicht erforderlich, dass aus dem Entgelt für die Vermietung ein unmittelbarer Ertrag erzielt wird, weil diese Zurverfügungstellung der Wohnmöglichkeit dazu bestimmt ist, einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil für die Gewerbetätigkeit der BB GmbH zu erzielen. Damit ist dieses Verhalten dahingehend rechtlich zu würdigen, dass die Zurverfügungstellung der Wohnmöglichkeit in den beiden Appartements den Zweck hat, einen sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für den Gewerbebetrieb der BB GmbH zu erzielen.

Bei einem unbefangenen Lesen der am 29.06.2021 im Internet dargestellten Präsentation der beiden Appartements „FF“ und „GG“ im Objekt Adresse 1 wird der Eindruck erweckt, dass es sich dabei um eine übliche Vermietung von Ferienwohnungen handelt.

Nach herrschender Rechtsprechung handelt jemand, der von seinem Vertragspartner als Entgelt nur den Ersatz der entstehenden Unkosten verlangt, in aller Regel noch nicht in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (OGH 21.09.1996, 4 Ob 1084/93). Die Entgeltlichkeit einer Tätigkeit indiziert allerdings den äußeren Anschein einer Gewinnerzielungsabsicht, sodass es Sache des Beschuldigten in einem Verwaltungsstrafverfahren wegen Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO ist, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht durch ein entsprechendes, mit Beweisen belegtes Vorbringen die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht trotz Entgeltlichkeit darzutun (VwGH 11.11.1998, 98/04/0050).

Herr AA hat in der mündlichen Verhandlung trotz Nachfrage nicht angegeben, wie hoch das von ihm als „Unkostenbeitrag“ bezeichnete Entgelt für die Nächtigungen war. Da dies seitens des Verwaltungsgerichts von Amtswegen nicht festgestellt werden kann, wäre es an ihm gelegen, entsprechend detaillierte Angaben zu tätigen bzw diese auch nachzuweisen. Da er dies unterlassen hat, kann nicht die rechtliche Beurteilung gezogen werden, dass das von den Appartementbewohnern bezahlte Entgelt lediglich einen Unkostenbeitrag darstellen würde.

Letztlich ist in Anbetracht der oben ausgeführten Rechtsprechung diese Frage auch gar nicht mehr entscheidend, da die Zurverfügungstellung der Wohnmöglichkeit in diesen beiden Appartements letzten Endes zur Erreichung des mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Geschäftsziels diene. Dies ergibt sich schon allein daraus, dass wenn es zu einem Vertragsabschluss gekommen ist, die Bewohner für den Aufenthalt in den Appartements überhaupt nichts bezahlen mussten. Damit ist der Zweck des Nächtigen Lassens mehr als klar erkennbar. Aber auch wenn sonstige Geschäftspartner zu Besprechungen kommen und dort nächtigen können bzw besonders tüchtige Mitarbeiter die Appartements benützen können, dient dies den sonstigen Geschäftszielen der Gewerbeausübung der BB GmbH und ist damit Gewerbsmäßigkeit gegeben.

Damit ergibt sich zusammengefasst, dass die Internetauftritte am 29.06.2021 auf den beiden im Spruch genannten Internetportalen Gegenstand der ein gewerbebildenden Tätigkeit war. Damit gilt auch diese einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 GewO. Da Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 GewO vorgelegen ist, hätte dafür – wie von der belangten Behörde angelastet – eine entsprechende Gewerbeberechtigung seitens der BB GmbH vorliegen müssen, was nicht der Fall war, womit Tatbildlichkeit gegeben ist.

Seitens des Verwaltungsgerichts ist es zu einer Neufassung des Tatvorwurfs gekommen, weil sich einerseits herausgestellt hat, dass der Vorwurf auf der Homepage https://*** dem Beschwerdeführer nicht angelastet werden kann, da diese Werbung automatisiert entstanden ist und nicht von der BB GmbH veranlasst oder beauftragt wurde.

Die Tatzeit wurde diese auf den 29.06.2021 korrigiert, da die im Akt der belangten Behörde angefertigten Screenshots dieses Datum tragen.

Weiters war der Tatvorwurf gegen den Beschwerdeführer in dem Sinn richtig zu stellen, als ihm im Sinne des § 370 Abs 1 GewO die Tat als gewerberechlicher Geschäftsführer anzulasten war. Dies führte auch zu einer diesbezüglichen Ergänzung der übertretenen Rechtsvorschrift.

Die Neufassung des Tatvorwurfs erfolgte innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist.

Im Sinne des nunmehr abgeänderten Spruches hat der Beschuldigte die ihm angelastete Übertretung begangen.

Bezüglich der Strafhöhe war der Umstand zu berücksichtigen, dass seitens der belangten Behörde das Anbieten auf drei verschiedenen Internetportalen angelastet wurde, eine dieser Auftritte jedoch nicht der BB GmbH zugerechnet werden kann, somit nur noch zwei der drei Portale vorwerfbar sind, was in der Strafbemessung auch einen Niederschlag finden musste, weshalb es zu einer Herabsetzung der Strafhöhe gekommen ist.

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

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.

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.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der oben angeführten Frist für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof ist, 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

Dr. Hohenhorst

(Richter)

Schlagworte

Gewerbsmäßigkeit

fehlende Gewerbeberechtigung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2022:LVwG.2022.25.0493.5

Zuletzt aktualisiert am

07.04.2022

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