jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 1995/2/28 93/04/0002

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.02.1995

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
40/01 Verwaltungsverfahren;
50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1973 §1 Abs2;
GewO 1973 §130;
GewO 1973 §259 Abs1;
GewO 1973 §259;
GewO 1973 §366 Abs1 Z2;
GewO 1973 §5 Z2;
VStG §44a Z1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte Dr. Gruber und Dr. Pallitsch als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär MMag. Dr. Balthasar, über die Beschwerde des J in R, vertreten durch Dr. S, Rechtsanwalt in B, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 6. November 1992, Zl. VwSen - 220259/2/Kon/Kf, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 29. Juli 1992 wurde der Beschwerdeführer unter Punkt 1.) (nur insoweit ist dieses Straferkenntnis für das verwaltungsgerichtliche Verfahren relevant) wie folgt schuldig erkannt:

"Sie haben als "Verhandlungsmanager" mit dem Sitz in R, am 1.2.1992 mit Frau C in ihrer Wohnung in S, A-Straße 538, einen Vertrag über die Alleinvermittlung des Verkaufes der bebauten Liegenschaft in A 65, Gemeinde F, EZ 477 der KG H abgeschlossen,

1.) ohne im Besitz einer hiefür erforderlichen Gewerbeberechtigung für das Immobilienmaklergewerbe gewesen zu sein, ...

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

1.) § 366 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 259 Abs. 1 GewO 1973 i. d.g.F. ...

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe	
1.) S 6000,--	1.) 40 Stunden	1.) § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 i.d.g.F. ..."

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde unter Spruchpunkt Ia "der Berufung (...) hinsichtlich Faktum 1 (Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973) keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis (...) diesbezüglich bestätigt"; als Rechtsgrundlage wurde von der belangten Behörde "§ 366 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 259 Abs. 1 GewO 1973; § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 24 VStG, §§ 5 und 19 VStG" angeführt. Unter Spruchpunkt II wurden dem Beschwerdeführer zuzüglich zu den Verfahrenskosten

erster Instanz S 1.200,-- als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zur Zahlung - bezogen auf Spruchpunkt Ia - aufgetragen. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, aus dem Verfahrensakt, insbesondere der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 22. Juli 1992, gehe hervor, daß sich der Beschwerdeführer im Rahmen des von ihm angeführten "Managervertrages" gegen Verrechnung einer 3-%ige Provision zuzüglich 20 % Mehrwertsteuer verpflichtet habe, den Verkauf der im Eigentum der C stehenden Liegenschaft, A 65, EZ 447 KG H, zu vermitteln. Dies stelle den Tatbestand der gewerbsmäßigen Vermittlung des Verkaufes von unbebauten Grundstücken dar, welches dem konzessionierten Gewerbe des Immobilienmaklers (§ 259 Abs. 1 GewO 1973), vorbehalten sei. Die Berufsbezeichnung "Manager", unter der der Beschwerdeführer aufgetreten sei, sei rechtlich ohne jegliche Bedeutung und ändere nichts daran, daß er eine dem Immobilienmaklergewerbe vorbehaltene Tätigkeit ausgeübt habe. Hinsichtlich des Vorliegens der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale der Selbständigkeit, Regelmäßigkeit und der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (§ 1 Abs. 2 GewO 1973) werde auf die Ausführungen in der Begründung des erstbehördlichen Straferkenntnisses verwiesen. Die subjektive Tatseite sei voll erfüllt, zumal dem Beschwerdeführer die Kenntnis der einschlägigen Bestimmungen der GewO 1973 durchaus zuzumuten sei und auch nicht von einem von der Gewerbebehörde verursachten Rechtsirrtum ausgegangen werden könne. Die verhängte Geldstrafe entspräche den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers sowie dem Schuld- und Unrechtsgehalt der Tat und berücksichtige die Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm diene.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht wegen der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung bestraft zu werden.

Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, nicht der Abschluß eines Vertrages über die Alleinvermittlung des Verkaufes einer Liegenschaft stelle das essentielle Merkmal der Ausübung des Gewerbes der Immobilienmakler dar, sondern expressis verbis die "Vermittlung des Verkaufes" usw. von Grundstücken. Eine solche Vermittlung des Verkaufes des Grundstückes sei aber dem Beschwerdeführer nicht zum Vorwurf gemacht worden, sondern lediglich der Abschluß des Vertrages mit Frau C, aufgrund dessen er eine solche Vermittlertätigkeit erst vornehmen sollte. Die belangte Behörde habe im Spruch ihres Bescheides zwar eine bestimmte Tätigkeit bezeichnet, diese bilde aber nicht den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973. Der angefochtene Bescheid erweise

sich aber auch noch aus einem anderen Grunde als rechtswidrig, da das Tatbestandsmerkmal einer gewerbsmäßigen Ausübung des Immobilienmaklergewerbes nicht vorliege. Im Spruch des erstinstanzlichen Bescheides, welcher infolge Bestätigung zum Inhalt des angefochtenen Bescheides geworden sei, werde dem Beschwerdeführer ein einziger Fall einer (angeblich) unbefugten einschlägigen gewerblichen Tätigkeit vorgeworfen. Die für die Strafbarkeit erforderliche Gewerbsmäßigkeit werde unter Hinweis auf die Ausführungen der Erstbehörde bejaht. Die belangte Behörde übersehe jedoch, daß sich die Gewerbebehörde erster Instanz in diesem Zusammenhang nicht auf den als erwiesen angenommenen (einzigen) Fall eines Vermittlungsversuches beschränkt, sondern unzulässigerweise frühere einschlägige Tätigkeiten herangezogen und so akten- und rechtswidrig das Vorliegen des Tatbestandsmerkmales der Gewerbsmäßigkeit bejaht habe. Insoweit liege zwischen dem Spruch des angefochtenen Bescheides und der Begründung ein unauflösbarer Widerspruch vor. Das dem Beschwerdeführer spruchgemäß zur Last gelegte Verhalten entbehre aber auch der Regelmäßigkeit. Eine Wiederholungsabsicht sei nicht gegeben und es fehle diesbezüglich auch jede Begründung. Der festgestellte einmalige Vermittlungsversuch könne nicht als regelmäßige Ausübung eines Gewerbes angesehen werden. Das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit sei nur dann erfüllt, wenn ein Verhalten sowohl eine unter einen Konzessionsvorbehalt fallende Tätigkeit darstelle, das auch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit aufweise. Aus dem Vorwurf der belangten Behörde, der Beschwerdeführer hätte für eine bestimmte Person einen Vermittlungsversuch in Ansehung ihres Hausverkaufes unternommen, lasse sich keine Bezugnahme auf die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 entnehmen. Die Umschreibung durch die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid bilde daher keinen hinlänglichen Ansatz für den Schuldvorwurf. Insbesondere lasse der Spruch des angefochtenen Bescheides weitere Fälle einer angeblich unbefugten Betätigung bzw. einer länger währenden einschlägigen Tätigkeit vermissen.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 in der im Hinblick auf den Zeitpunkt der Begehung der hier zu beurteilenden Handlung des Beschwerdeführers anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) ohne die erforderliche Konzession ausübt.

Der Konzessionspflicht unterliegt nach § 259 Abs. 1 GewO 1973 die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von bebauten und unbebauten Grundstücken, einschließlich der Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von Wohnungen, Geschäftsräumen und Unternehmen, ferner die Vermittlung von Bestandverträgen über Immobilien einschließlich der Vermittlung von Hypothekardarlehen sowie der Handel mit Immobilien.

Insoweit der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darin erblickt, daß im Spruch zwar eine bestimmte Tätigkeit bezeichnet werde, diese aber nicht den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 bilde, ist dem entgegenzuhalten, daß das Tatbestandselement der Ausübung des konzessionierten Gewerbes des Immobilienmarkler gemäß § 259 Abs. 1 GewO 1973 u.a. die Vermittlung des Kaufes oder Verkaufes von bebauten und unbebauten Grundstücken voraussetzt. "Vermittler" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist derjenige, der eine Handlung zur Herbeiführung eines solcherart zu qualifizierenden Sachverhaltes durchführt bzw. dem eine solche derartige Auftragserteilung zuzurechnen ist. Der Tatbestand der Vermittlung im Sinne des § 259 Abs. 1 GewO 1973 ist mit der Herbeiführung eines solcherart zu qualifizierenden Sachverhaltes abgeschlossen, was auch für den Fall mehrfacher derartiger Einzelhandlungen - wie der Abschluß eines Vertrages über die Alleinvermittlung des Verkaufes einer bebauten Liegenschaft - für die jeweils in Betracht kommende Handlung gilt (vgl. sinngemäß auch das hg. Erkenntnis vom 10. November 1976, Zl. 908/75).

Der Beschwerde kommt jedoch aus folgenden Gründen

Berechtigung zu:

Gemäß § 44a Z. 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Danach ist es rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, daß 1. die Zuordnung des Tatvorhaltes zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird, und 2. die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht. Was den vorstehenden Punkt 1. anlangt, sind entsprechende, d.h. in Beziehung zum vorgeworfenen Straftatbestand stehende wörtliche Anführungen erforderlich, die nicht etwa durch die bloße paragraphenmäßige Zitierung von Gebots- oder Verbotsnormen ersetzt werden können. Was den vorstehenden Punkt 2. anlangt (unverwechselbares Festhalten der Identität der Tat) muß im Spruch des Straferkenntnisses dem

Beschuldigten die Tat insoweit in konkretisierter Umschreibung zum Vorwurf gemacht werden, daß der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, im ordentlichen Verwaltungsverfahren und gegebenenfalls im außerordentlichen Verfahren (Wiederaufnahmeverfahren) auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und es muß ferner der Spruch geeignet sein, den Beschuldigten (Bestraften) rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 13. Juni 1994, Slg. NF Nr. 11466/A).

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1973 wird eine Tätigkeit dann 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. Nach Abs. 3 liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Ausgehend davon unterließ es die belangte Behörde, die von ihr als einem konzessionierten Gewerbe unterliegend gewertete Tätigkeit des Beschwerdeführers im Spruch unter Beachtung der hiefür maßgeblichen Tatbestandsmerkmale näher zu beschreiben, da der spruchgemäße Vorwurf der bezeichneten, dem Immobilienmarklergewerbe zugerechneten Tätigkeit allein noch nicht die Erfüllung der angeführten Tatbestandsmerkmale einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 indiziert (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. September 1991, Zl. 90/04/0315).

Da die belangte Behörde somit die Rechtslage verkannte, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung

BGBl. Nr. 416/1994, insbesondere deren Art. III Abs. 2.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1995:1993040002.X00

Im RIS seit

11.07.2001

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at